جامعة القاهرة
كلية الحقوق

الرقابة على دستورية القوانين في اليمن

دراسة مقارنة

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام

مقدمة من الباحث
عباس محمد محمد زيد

لجنة الحكم على الرسالة

الاستاذالدكتور / رافت ابراهيم فوده رئيساً
استاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور/ جابر جاد نصار مشرفاً
استاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة

المستشار الدكتور / عبدالعزيز محمد سالمان عضواً
رئيس هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا

٢٠٠٩م

بسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقاً لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِناً عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ عَمَّا جَاءكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً وَلَوْ شَاء اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُم فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعاً فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ (٤٨)﴾ من سورة المائدة

الإهـــــــداء

إلى حبيب الله

سيدي ومولاي محمد رسول الله

صلى الله عليه وآله وسلم

إيماناً بنبوته، وتصديقاً برسالته، وتسليماً بشريعته، ومودة لأهل بيته ووفاءً بعهده، وإجلالاً لقدره وعظمته، واعترافاً بالتقصير، وسعياً للتوبة الماحية، والطريق المحمود.

الباحـــــث

شكـــــر وتقديـــــــر

الحمد لله رب العالمين المستحق للشكر والثناء على نعمائه وتوفيقه لنا، والصلاة والسلام على خاتم المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وآله وسلم.

وبعـــــــــد،

فيملي علينا الواجب أن نتقدم بالشكر والعرفان لكل من وقف مع طلبة العلم ومد يد العون لهم ، وفي المقدمة أخص بالشكر:-

من ساهم بجهده وفكره ووقته في إثراء هذا البحث رغم مشاغله وكان له الفضل في إخراج هذا البحث بالصورة اللائقة

الأستاذ الدكتور/ جابر جاد نصار

استاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة

كما اخص بالشكر والتقدير والعرفان :

الاستاذالدكتور / رأفت ابراهيم فودة

استاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة

و المستشار الدكتور / عبدالعزيز محمد سالمان

رئيس هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا

على موافقتهما الكريمة بمناقشة وتقييم هذه الرسالة وعلى مابذلاة من جهد في سبيل ذلك.

بعدهم وقبلهم ومعهم أشكر كل من مد لي يد العون في سبيل تحصيلي العلمي وفي مقدمتهم زوجتي التي عانت الكثير وقدمت الكثير في جميع مراحل دراستي.

مقدمـــــة

تتزايد الحاجة إلى رقابة السلطة التشريعية يوما بعد يوم خاصة في الدول التي تعتمد الديمقراطية منهجا لها في وثائقها الدستورية وتغيبها على أرض الواقع في بعض ممارساتها إعتماداً على حكم الأغلبية البرلمانية والمُسيطر عليها في الغالب من قبل السلطة التنفيذية ، وتظهر الحاجة الى رد المؤسسة التشريعية الى الحدود المرسومة لها من قبل الوثيقة الدستورية عندما يسيطر حزب حاكم على مقاعد البرلمان والسلطة التنفيذية في ظل غياب التداول السلمي للسلطة ، هنا تغدو النصوص الدستورية والحقوق المكفولة فيه مجرد مظهر وشكل بعيدة كل البعد عن الواقع العملي ، بل إن تعديل الوثيقة الدستورية يصبح امراً ميسوراً وسهلاً للغاية وإن كانت طرق تعديله تتطلب إجراءات أشد من تلك التي يتطلبها الدستور لتعديل القوانين العادية وكذا اللوائح التي تنظم حقوق الافراد وحرياتهم الخاصة .

وما يجب ان يترسخ في الاذهان **أن الديمقراطية ليست حكم العدد وإنما حكم القانون** وهذا المبدأ جوهر الرقابة على دستورية القوانين وغايتها المتمثلة في الحفاظ على النصوص الدستورية والحقوق والحريات العامة من إنحراف السلطة التشريعية بحجة إمتلاكها أغلبية قادرة على سن تشريعات قد تكون مخالفة للدستور ، فرد هذه الأغلبية إلى صوابها وحدودها المرسومة في الدستور هو جوهر الرقابة على دستورية القوانين ، وكذا تقييد السلطة التنفيذية فيما تملكة من سن تشريعات فرعية وفقا لاحكام الدستور .

ومن هذا المنطلق تعتمد النظم السياسية المعاصرة على توزيع السلطات العامة وتحديد مسؤلياتها وكذا إيجاد جهات رقابية لضمان عدم تجاوز أي سلطة لإختصاصاتها الممنوحة لها وفقا للوثيقة الدستورية التي انشاتها.

ومع هذا التوزيع للسلطات ومحاولات إيجاد توازن وتعاون فيما بينها قد ينعدم هذا التوازن وتطغو مؤسسة على اخرى وتصبح تابعة لها في حال مخالفة احكام الدستور ، وتتداخل عدة عوامل في الإخلال بهذا التوازن منها ما هو متعلق برقابة الراي العام وغياب الوعي لدى النخب السياسية والقانونية بضرورة رد كل سلطة الى حدودها المرسومة سلفا من قبل الدستور ، ومنها ما هو متعلق بخلل في الاحكام الدستورية المنظمة للسلطات العامة حيث تركز السلطة في مؤسسة وتضعف باقي السلطات ، ومنها ماهو متعلق بطغيان السلطة التنفيذية على غيرها ومحاولة السيطرة على السلطة التشريعية وجعلها تابعة لها الأمر الذي يفقدها

دورها الرقابي ، ويجعل من تشريعاتها تنحرف عن المسار المحدد لها من قبل الوثيقة الدستورية ، كما يتم في هذه الحالة محاولة تحييد السلطة القضائية وإضعافها .

ولذا دأبت النظم السياسية على محاولات عدة للحد من إنحراف السلطة التشريعية والزامها بالنصوص الدستورية التي تكفل الحقوق والحريات العامة وكان لا بد من إيجاد هيئة تراقب مدى دستورية النصوص القانونية التي تصدر من السلطة التشريعية ، فجنحت بعض النظم السياسية إلى تكوين مؤسسة سياسية لرقابة مدى دستورية القوانين في الوقت الذي ذهبت نظم اخرى الى إسناد هذه المهمة الى القضاء ، سواء العادي (في صورة مركزية الرقابة او لا مركزيتها) أوالمتخصص ، وهذه الدراسة تهتم بتطور نشأة الرقابة على دستورية القوانين وخاصة القضائية منها .

فبعد ان كانت الرقابة على دستورية القوانين محل خلاف بين الفقهاء في الدول التي نشأت فيها كالولايات المتحدة الامريكية - والتي تعتبر السوابق القضائية العملية هي المنشأ لتلك الرقابة وليس النص الدستوري - فقد اصبح مبدأ الرقابة على دستورية القوانين راسخاً في الأذهان والوثائق الدستورية في الدول المعاصرة .

فقد مرت الرقابة بمراحل وتطورات أدت الى ظهور هذا المبدأ وإستكمال معالمه واصبحت الرقابة ركنا من اركان النظم الدستورية المعاصرة والحديثة ، وسواء كانت الرقابة سياسية أو قضائية ، وايا كانت الرقابة سابقة على إصدار التشريع ام لاحقة له فأن النظم المعاصرة باتت مسلمة بهذا المبدأ وغالبا ما تنص علية في صلب وثائقها الدستورية بل وتعهد بالقيام به الى موسسة دستورية تجعل لها سلطات معينه ومحددة، وسواء كانت تلك السلطة ذات طابع سياسي - كما هو حال المجلس الدستوري بفرنسا (سابقا) - او قضائي متخصص - كما هو الحال في جمهورية مصر العربية ، حيث تسند هذا الإختصاص للمحكمة الدستورية العليا - فإن الجميع بات مسلما بهذا المبدأ وذلك لمعالجة الإنحراف التشريعي الذي قد يصدر من الموسسة التشريعية والتصدي له .

وقد اهتمت هذه الدراسة بكشف موقف المشرع الدستوري في اليمن من الرقابة على دستورية القوانين ، وكيفية معالجته لها وإسناده الرقابة إلى القضاء، ولذا تم دراسة الوثائق الدستورية التي اعتمدت الرقابة القضائية على دستورية القوانين والظروف السياسية التي أدت إلى إعتماد الرقابة القضائية دون السياسية

،وقد اقتضى ذلك بيان الضمانات المتعلقة بالهيئة المختصة بالرقابة ، ممثلة بالمحكمة العليا ، وكذا دراسة السوابق القضائية العملية التي وجدت ، وقد تم دراسة كل تلك العناوين من خلال المنهج التحليلي والمقارن مع الانظمة المشابهة له ، والمتمثل أهمها بدراسة التجربة المصرية في الرقابة على دستورية القوانين سواء قبل اقرارها بنصوص قانونية أو بعد ذلك ، وكذا عرجت الدراسة بإختصار لذكر نشاة القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية باعتبارها مهد الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

اهمية الدراسة:

تتمثل اهمية الدراسة من كونها أول دراسة علمية متخصصة في اليمن متعلقة بالرقابة على دستورية القوانين ، وستمثل هذه الدراسة والدراسات المرتبطة بها لاحقا - والتي نأمل ان تسد ثغرات هذا البحث وتصويبه من قبل الباحثين - مرجعا في مجال الرقابة القضائية في اليمن وكذا نأمل ان تمثل مرجعا للسلطة التشريعية حين معالجتها وتنظيمها للرقابة على دستورية القوانين و السلطة المختصة بإعمال الرقابة الدستورية ممثلة بالمحكمة العليا وكافة المشتغلين في ساحة القضاء من المحامين المدافعين عن الشرعية الدستورية .

تقسيم الدراسة:

وعلية فقد تم تقسيم الدراسة الى بابين خصص الاول منها لدراسة نشأة القضاء الدستوري وتم فيه دراسة نشأة القضاء الدستوري في كل من مصر والولايات المتحدة الامريكية في فصل اول والثاني خصص لدراسة نشاة القضاء الدستوري في اليمن ، اما الباب الثاني فخصص لدراسة إتصال القضاء الدستوري بالدعوى واصدر الحكم في الدعوى الدستورية وتنفيذه كل في فصل مستقل ، وقد سبق ابواب الدرسة فصل تمهيدي عن اسس الرقابة على دستورية القوانين وتم الحديث فيه عن مبدأ السمو للوثائق الدستورية وكذا تدوين الدساتير وطرق تعديلها باعتبارهما من اهم اسس قيام الرقابة على دستورية القوانين وفي الاخير تم بيان انواع الرقابة من حيث كونها سياسية او قضائية وبيان المعايير المتعلقة بالتمييز بينهما .

وخلصت الدراسة الى النتائج والتوصيات التي كشفت عنها فصولها.

الفصل التمهيدي

أسس الرقابة على دستورية القوانين وأنواعها

نخصص هذا الفصل التمهيدي للحديث عن الأسس التي تقوم عليها الرقابة على دستورية القوانين وأهمها مبدأ سمو الدساتير وأثره على إقرار مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وكذا تدوين الدساتير وطرق تعديلها باعتبارها من أهم الأسس التي تعتمد عليها الرقابة على دستورية القوانين ثم نعرج لذكر أنواع الرقابة في المبحث الثالث وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول: مبدأ سمو الدساتير .

المبحث الثاني: تدوين الدساتير وجمودها .

المبحث الثالث: أنواع الرقابة الدستورية .

المبحث الأول

مبدأ سمو الدساتير

لاخلاف بين الشراح على أن القواعد الدستورية "تحتل المكانة العليا في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة، فهي تسمو على كل ما عداها من قوانين وإجراءات تتخذها السلطات العامة بما فيها السلطة التشريعية"[١].

ويشير الفقهاء إلى الصلة التي تربط الرقابة على دستورية القوانين بموضوع التمييز بين القوانين الدستورية والقوانين العادية باعتبار أن مشكلة الرقابة على دستورية القوانين لاتثار أصلا حيث ينعدم التمييز بين الدستور والتشريعات العادية بحيث يكونان في مرتبة قانونية واحدة ، بل إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين ليست في الواقع إلا أحد الجزاءات المتصورة لهذا التمييز، كما أن التفرقة بين الدستور والقوانين العادية ما هي إلا جانباً واحداً من مبدأ عام هو مبدأ تدرج التشريعات [٢] هذا المبدأ الذي يصور البناء القانوني تصويراً هرمياً متتابع الدرجات تتقيد فيه كل درجة بما يعلوها من درجات [٣]

([1]) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١١٧.

([2]) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والقطر المصري، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٦٠، ص٤١.

([3]) يرجع الفقه فكرة تدرج التشريعات والقواعد القانونية (لهانز كلسن) الفقيه النمساوي وفي تفاصيل نظريته يراجع:-

- أ.د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٤١ هامش
- أ.د. يحيى الجمل، مقالة بعنوان هانز كلسن الأب الروحي للقضاء الدستوري، مجلة الدستورية، العدد الأول، السنة الأولى، يناير ٢٠٠٣، ص٥٤.

وانطلاقاً من هذا يذهب جانب من الفقه (١) إلى أن الرقابة على دستورية القوانين وجدت قبل وجود القضاء الدستوري إستناداً إلى التفسير الذي يجعل الدستور اسمى من القواعد القانونية وضرورة أن تحترم القاعدة الأدنى القاعدة الأعلى وصولاً إلى الدستور الذي يمثل اسمى القواعد القانونية في الدولة وأن القاضي ملزم بتطبيق النظام القانوني كله والنظام القانوني درجات بعضها فوق بعض وأعلا هذه الدرجات هو الدستور.

ومما لا شك فيه أن الدستور يعد حجر الزاوية في بناء الدولة القانونية المعاصرة فهو القاعدة الأساسية التي يرتكز عليها النظام القانوني، فالدستور بوصفه القانون الأساسي في الدولة يحتل قمة التنظيم القانوني ومن هنا فإنه يسمو على كافة القواعد القانونية الأخرى، ولما كان الدستور هو الذي يحدد سلطات الدولة ويبين اختصاصاتها فيجب أن تخضع هذه السلطات للدستور ولا تخرج عليه، فأهمية الدستور ليست في مجرد وجوده وإنما تكمن في خضوع كافة السلطات المنشأة له وعدم مخالفتها لما يتضمنه من قواعد دستورية وذلك فيما يصدر عنها من قوانين أو قرارت بقوانين، ومن هنا يجب أن يكون هناك جزاء يترتب على مخالفة تلك السلطات لأحكام الدستور (٢)، وإعمال هذا الجزاء هو المقصود بالرقابة على دستورية القوانين والمتمثلة في مراقبة مدى اتفاق القواعد القانونية الأدنى أو اختلافها مع أحكام الدستور، فإذا كانت قد خالفته فتوصف بأنها غير دستورية أو توصف بعدم الدستورية (٣) نتيجة مخالفة القاعدة الأدنى لنص الدستور الذي يتمتع بالسمو على سائر القواعد القانونية المكتوبة.

وفي معرفة ماهية الدستور الذي يعنينا في موضوع الرقابة على دستورية القوانين هو ذلك (القانون الأساسي في دولة ما والذي يعتبر قمة التنظيم القانوني

---

(١) أ.د. يحيى الجمل، مقالة بعنوان هانز كلسن، مرجع سابق، مجلة الدستورية، العدد١، ص٥٤.

(٢) عبدالمنعم عبدالحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص١١.

(٣) د. زين بدر فراج، النظم السياسية ومبادئ القانون الدستوري، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، ١٩٩٩، ص٥٣٥.

في أي دولة)[1] فالمعيار هنا هو الوثيقة الدستورية المكتوبة [2] بغض النظر عن تطابق ماورد في الوثيقة الدستورية مع القواعد الدستورية من الناحية الموضوعية - أو عدم تطابقها - فمسألة تحديد ماهي القواعد الدستورية من الناحية الموضوعية والقواعد الدستورية من الناحية الشكلية والفرق بينها وبين مدلولاتها اللغوية والشكلية والموضوعية أمر طال الجدل حوله وآثار خلافاً طويلاً بين الفقهاء وليس يعنينا هنا أن نعالج هذه القضية بالتفصيل [3] لأن تحديد الدستور المعول عليه في الرقابة على دستورية القوانين بات معلوماً لجميع الفقهاء وأهل القضاء وهو ذلك الدستور المكتوب في وثيقة تحوي على قواعد انشئت بطريقة خاصة تختلف من نظام لآخر ويحتاج إلى تعديلها إجراءات تختلف عن إجراءات إصدار وتعديل القوانين العادية ، وهو ما نفصله في المبحث الثاني عن ضرورة تدوين الدساتير وجمودها من حيث طريقة إجراء التعديل باعتبارها من أهم مبررات قيام الرقابة على دستورية القوانين، وقبل ذلك نشير إلى أن مبدأ سمو الدساتير هو أساس فكرة الرقابة على دستورية القوانين- هذه الفكرة يوردها جانب من الفقها (إلى نظرية بعض الفلاسفة الذين كانوا يؤمنون بقانون طبيعي يسمو فوق سائر القوانين الوضعية بحيث لا تملك تلك القوانين أن تخرج عليه فإن هي خرجت عليه عدت خارجه على الناموس الطبيعي- وإذا كانت الأديان السماوية ترى أن المبادئ والقواعد السماوية أسمى من القواعد الوضعية فإنها عندهم تلزم المشرع الوضعي وتسمو عليه ولا يجوز له الخروج عليها فإن هو خرج عليها أصبح في اعتبارهم خارجاً على مفهومهم لمبدأ المشروعية)[4].

وإذا كانت غالبية دول العالم المعاصر لا تربط مثل هذا الربط بين قواعد القانون الطبيعي أو قواعد الدين ولا ترتب النتائج السابقة للخروج عليها فإن الدولة الحديثة تعرف مبدأ التدرج للقواعد القانونية بحيث أن القاعدة الأعلى تحكم القاعدة الأدنى شكلاً وموضوعاً.

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص١٤.

(2) المرجع السابق، ص١٨.

(3) يراجع في تفاصيل مدلول القاعدة الدستورية من الناحية الشكلية والموضوعية، د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، رسالة دكتوراه، ١٩٩٤، ص٣٢ ومابعدها.

(4) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص٤٣.

وإذا كانت فكرة تدرج القواعد القانونية الوضعية لم تعرف إلا في بدايات القرن المنصرم[1] فإن فكرة تدرج الأحكام في فقه الشريعة الإسلامية قد عرفت منذ عصر النبوة إلى يومنا هذا، ففقهاء الشريعة الإسلامية ميزوا بين الأحكام الشرعية التي مصدرها القرآن الكريم وجعلوها في مرتبة الصدارة والتي تسمو على أعلى الأحكام باعتبارها أحكاماً مصدرها إلهي وهي منقولة إلينا بالتواتر من حيث ثبوتها ، وتليها من حيث المرتبة السنة النبوية المروية عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، وهذه بدورها ميزوا فيها بين الضعيف منها والمتواتر من حيث الثبوت، وكذا الصحيح من غيره باعتبار أن هناك اتفاق على التمييز بين ما روى عن رسول الله وما ثبت عنه، فليس كل ما روي عن الرسول ثبت عنه، ولذا وجد من أهل الاختصاص العلمي من تفرغ لدراسة الحديث رواية ودراية، ثم تأتي بعد تلك المراتب الأحكام الأخرى والمتمثلة في مصادر الحكم الشرعي ومنها: الإجماع- على خلاف بين فقهاء الأمة [2]- والقياس كذلك، والاستحسان وغيرها،

---

(1) انشئت أول محكمة دستورية في النمسا عام ١٩٢٠م وهي أول محكمة دستورية في أوروبا وكان فقه العلامة هانز كلسن وراء إنشاء هذه المحكمة يراجع في هذا:-
- أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص٩.
- أ.د. يحيى الجمل، هانز كاسن، مقالة بمجلة الدستورية، العدد الأول، مرجع سابق، ص٥٤.
- أ.د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٤٢ هامش.
- وقبل هذا يؤكد الجميع أن حكم مارشال الشهير هو أول من أورد الحجج التي أسست عليها الرقابة القضائية على دستورية القوانين وكان ذلك عام ١٨٠٣.

(2) في الإجماع خلاف فهناك من يعده من أهم مصادر الحكم الشرعي وهناك من ينكر وقوعه إلا إذا كان كاشفاً لحكم دليله السنة القولية أو الفعلية، كما يفرق جانب آخر من الفقهاء بينه وبين ما يعلوه من الأحكام المستمدة من القرآن الكريم والسنة المطهرة باعتباره من أفعال العباد والأولى من الأحكام المستقاة من رب العباد.
ويورد العلامة محمد بن إسماعيل الأمير أن (لعلماء الأمة خلاف كثير طويل شهير في الإجماع منهم من قال بعدم وقوعه وأن من يدعيه كذاب ومنهم من قال بإمكان وقوعه ولكنه ليس بحجة ومنهم من قال بأنه واقع وأنه حجة وهذا هو قول جمهور أهل السنة).
يراجع:- =

وفي أدنى ذلك تأتي الفتوى الشرعية والمتعلقة ببيان حكم الشرع في مسألة مخصوصة في حادثة مخصوصة، ويقوم بهذا الفقيه العالم والمحرز لشروط الاجتهاد .

ومن المعلوم بالضرورة أنه لا يجوز أن تخالف القاعدة الأدنى ما يعلوها من القواعد الأعلى في المرتبة وهذا هو حقيقة التدرج في القواعد وأثر من آثار مبدأ السمو للأحكام المستمدة من القرآن وصحيح السنة النبوية، والمعروفة في المصطلح القرآني بالهيمنة ، أي هيمنة النص القرآني على غيره من النصوص.

ولم يكتف فقهاء الشريعة ببيان هذا التدرج في القواعد والأحكام وإنما مارسوا مبدأ رقابة القواعد الدنيا لما يعلوها من الأحكام وهو ما يسمى (بالعرض) أي بعرض الفتوى على أصل القاعدة والدليل المستندة إليه، وبعرض القاعدة الفقهية الأصولية على الدليل الأعلى منها سواء كان سنة مروية أو آية محكمة من كتاب الله فإن وجدوها مخالفة لما يعلوها اسقطوها وحكموا ببطلانها وهذا الأسلوب لا يبعد كثيراً عن أسلوب الرقابة على دستورية القوانين في صورتها المعاصرة.

وإن كان فقهاء الشريعة الإسلامية بمختلف مشاربهم الفقهية قد مارسوا هذا العرض للقواعد الأدنى على مايعلوها من مصادر لبيان المتفق والمختلف منها فإنهم قد اختلفوا في ممارسة هذا العرض فيما يتعلق بالسنة المروية عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وعرضها على كتاب الله لبيان الموقف من قبولها والأخذ بها أو التوقف عنها إن لم تقبل التأويل حال مخالفتها الصريحة لكتاب الله، خاصة وإن جميع الفقهاء في جميع العصور متفقون على أن ثمة وضع وأن هناك أحاديث

= - العلامة محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني: إجابة السائل شرح بغية الأمل، تحقيق العلامة: حسين أحمد السياغي، ود. حسن مقبولي الأهدل ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٩٨٦م، ص١٤٣.

- وقد أورد الدكتور فؤاد النادي موقف المنكرين للإجماع والرد عليهم ومنهم من السابقين بعض الشيعة والخوارج والنظام من المعتزلة ومن الفقهاء المعاصرين عبدالحميد متولي وضياء الدين الريس: يراجع:- أ.د فؤاد النادي، مبدأ المشروعية، دار الكتاب الجامعي، صنعاء، ١٩٨٠، مجلد ٢، ص١٤٢.

موضوعة كل فرقة ترمي اختها بوضعها عند الخلاف ، ضف إلى ذلك تأخر تدوين السنة النبوية بل ومنع تدوينها في فترات تاريخية مبكرة ونشر بعض الأحاديث بقرارات سياسية في فترات تاريخية أخرى [1] الأمر الذي جعل بعضها محلاً للخلاف بين فرقاء الأمة.

كما أن اهتمام علماء الأمة الإسلامية بسند الحديث وظهور علم الجرح والتعديل لرواة الحديث قد غلب عليه التأثر بالاتجاهات السياسية والمذهبية، الأمر الذي لا يمكن الاعتماد عليه حال دراسة متن الحديث المروي وتحري ثبوته عن الرسول الأعظم [2] صلى الله عليه وآله وسلم.

ولهذا ظهرت عدة اتجاهات فيما يتعلق بمنهج الاستدلال بالمرويات، منها من أنكر جميع المرويات ولم يحتج بها وهذه فرقة نادرة تظهر من حين لآخر [3] ومبرراتها ضعيفة، وهناك من يتمسك بكل المرويات ويعلي من شأنها حتى لو أدى ذلك عملياً إلى تقديمها على كتاب الله وآياته المُحكمة ، وهم بعض السلفيين المتشددين في التمسك بالضعيف من المرويات دون تدبر ويقولون بنسخ السنة للقرآن مع أن من يقول بالنسخ يشترط تساوي النصين من حيث الثبوت والدلالة.

وهناك فرقة اتخذت طريقاً وسطاً بين الفرقتين فقبلت بالأحاديث المتواترة والصحيحة ،أما الأحاديث الضعيفة والتي ظاهرها مخالفة أحكام واردة في القرآن فقد تمسكوا بمنهج (العرض) على كتاب الله استناداً إلى حديث (العرض على

---

(1) أشار السيوطي في كتابه تاريخ الخلفاء أن المتوكل العباسي أمر بنشر وتدريس أحاديث الصفات والتشبيه والرؤية المتعلقة بالذات الآلهية وأخرى بتأييد المذهب الذي اعتنقه.

(2) يراجع في هذا: العلامة إبراهيم بن عقيل، العتب الجميل على أهل الجرح والتعديل.

(3) أول ظهور لهذه الفرقة في عهد الخليفة عمر بن العزيز والذي تولى الرد عليهم وأمر بجمع وتدوين المرويات في المدينة المنورة للرد عليهم ، وقد اعتمدوا على مقولة (حسبنا كتاب الله) والتي انتقدها جانب من فقهاء الاسلام دفاعاً عن سنة رسول الله وما جاء به في الوقت الذي دافع جانب اخر عن قائلها والواقع أن حجج هذه الفرقة مردودة ولذا نادرا ما تظهر في مواجهة من يتمسك بكل ماورد من المرويات مع اختلاف بعضها مع بعض ومع آيات الله أحياناً أخرى. ومن أعلام هذه الفرقة في الوقت المعاصر، أحمد صبحي منصور، والذي تخرج من الأزهر ونزح إلى أمريكا لنشر مقالاته.

كتاب الله)[1] ومفهوم هذا الحديث أنه يجب عرض الأحاديث المنسوبة إلى رسول الله على كتاب الله فما وافقه فهو من رسول الله يؤخذ به وما خالف صريح كتاب الله فليس من عند رسول الله ولا يؤخذ به.

هذه العملية يقوم بها أهل العلم والاجتهاد في الشريعة الإسلامية وقد استندوا إلى آيات محكمة من كتاب الله تؤكد أنه لا يمكن أن يأتي رسول الله بما يخالف القرآن [2] وأن التعارض لايمكن أن يكون من عند الله [3] هذا العرض في حقيقته يمثل رقابة على كل مانسب إلى رسول الله ومن باب أولى عرض كل القواعد الأدنى على ماثبت عن رسول الله فيؤخذ بها وما وافق كتاب الله فيعمل به وما خالفاهما فلا يلتفت إليها وتترك.

([1]) روى الحديث المعروف بحديث العرض على كتاب الله بعدة طرق وعدة ألفاظ منها ماروي عن رسول الله أنه قال: **(أنكم ستختلفون من بعدي فما جاءكم عني فاعرضوه على كتاب الله فما وافقه فمني وما خالفه فليس مني)**. وقد تمسك بالعمل به من فرقة الشيعة، الأثني عشرية والزيدية، ومن أهل السنة المعاصرين العلامة محمد الغزالي ومحمد أبو رية مؤكدين على أن منهج العرض على كتاب الله للمرويات كان بعض الصحابة من يقوم به وعلى رأسهم أم المؤمنين عائشة والتي ردت على بعض المرويات مستدلة بكتاب الله، أنظر في هذا:- محمد الغزالي، السنة بين أهل الفقه والحديث،ط١٥، ٢٠٠٧م ،دارالشروق القاهرة - محمد أبو رية، أضواء على السنة النبوية ، في الوقت الذي ينكره من المتقدمين الشاطبي ويقول أن هذا الحديث من وضع الزنادقة والخوارج ويعده البعض موضوعاً.

([2]) قال تعالى **"قل مايكون لي أن أبدله من تلقاء نفسي إن أتبع إلا ما يوحى إلي أني أخاف إن عصيت ربي عذاب يوم عظيم)** من سورة يونس آية ١٥.

([3]) قال تعالى **"أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً"** من سورة النساء آية ٨٢. وطالما والسنة متواترة عن رسول الله هي وحي من الله فلا يمكن أن تخالف نص القرآن لأنه ليس لرسول الله أن يبدل من تلقاء نفسه كما لا يمكن أن تختلف مع القرآن لأن أفعال رسول وأقواله وحي من الله، قال تعالى " **وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى"** من سورة النجم آية ٤، وقال تعالى على لسان نبيه **"قل إنما أتبع ما يوحى إلي من ربي"** من سورة الأعراف آية ٢٠٣. فلا يمكن أن يأتي الله بالمختلف من الأحكام.

والواقع أن إعمال مبدأ عرض المرويات الضعيفة على كتاب الله والمخالفة لنصوص القرآن لو أخذ به كمنهج لقبول الأحاديث لأزال الكثير من الاختلافات بين فقهاء الأمة وأغلق باباً للصراع بينهم وأن هذا المنهج كفيل برأب الصدع فيما بين فقهاء الأمة الإسلامية وعامتهم في كثير من المسائل التي لاتحتاج إلى وقت كبير للوقوف عليها.

فإذا كانت عملية (العرض) للقاعدة الأدنى على القاعدة الأعلى التي تسمو عليها معروفة لدى جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية فإن الرقابة على دستورية القوانين واللوائح سواء كانت سياسية أو قضائية لاحقة أو سابقة لا تبعد كثيراً عن ما عرف عند فقهاء المسلمين وعملوا به منذ قرون، فحقيقة الرقابة ما هي إلا عرض النص القانوني الأدنى على نص الدستور فما وافقه حكم بدستوريته وما خالفه حكم بعدم دستوريته وبطل العمل به.

أما القول بنسخ السنة المروية للقرآن مع اختلافهما من حيث الثبوت ، أو قبول الرواية المخالفة لصريح القرآن فقول يعارض حجية القرآن ويعطل أحكامه وقدسيته، ويغدو معه سمو القرآن وهيمنته - الذي لا يختلف عليه إثنان- أمراً نظرياً لا أثر له عند التعارض وهو ما لايمكن التسليم به فحقيقه السمو هي هيمنة النص الأعلى على غيره، وقد قال الله تعالى "**وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بمآ أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق**"(١).

وأثر الهيمنة أن تكون النصوص القرآنية حاكمة لما دونها ولا يقبل أي مخالف لها، وبهذا ننهي الحديث عن السمو وأثره ونأتي لبيان الأساس الثاني الذي تقوم عليه الرقابة على دستورية القوانين.

(١) من سورة المائدة اية رقم (٤٨).

المبحث الثاني
تدوين الدساتير وجمودها

من النادر جداً في العصر الحديث أن توجد دولة بغير دستور مكتوب فإن وجدت فلا يمكن أن تكون في هذه الدولة رقابة على دستورية القوانين ذلك أن غياب الأصل يقتضي بالضرورة غياب الفرع [١].

فوجود دستور مكتوب هو المقدمة الضرورية لإمكان وجود مثل هذه الرقابة سواء قام بها قضاء دستوري متخصص أو قامت بها المحاكم العادية ، ولكن ليس معنى وجود الدستور في بلد من البلاد أن يوجد فيها بالضرورة رقابة على دستورية القوانين ذلك أن هناك بلاداً كثيرة يوجد فيها الدستور ولا يوجد فيها مثل هذه الرقابة [٢].

والسؤال المطروح على بساط البحث ، هل كل الدساتير تثير موضوع رقابة دستورية القوانين أم أن ثمة دساتير لايثار في ظلها مثل هذه الرقابة؟

في معرض الإجابة على هذا التساؤل يظهر التمييز بين الدساتير المرنة والدساتير الجامدة، فمرونة الدستور أو جموده تتعلق أساساً بطريقة تعديل الدستور ولاتتعلق بطريقة وضع الدستور.

(فالدستور المرن هو الذي يمكن تعديل أحكامه باتباع نفس الإجراءات التي تتبع في تعديل أحكام القانون العادي)[٣] ولذا يتميز بسهولة تعديله مما ييسر تلاؤمه مع تطور ظروف المجتمع الذي ينظمه، غير أن الدستور المرن لا يوفر لنصوصه القوة اللازمة لفرض احترامها على السلطة التشريعية إذ تستطيع الأخيرة تعديل أحكامه بقوانين تصدر منها ولا تلازم بين تدوين الدستور ومرونته فقد يكون مدوناً أو غير مدون.

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١٤.

(2) المرجع السابق، ص١٤.

(3) د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٣م، ص١٥.

أما الدستور الجامد فهو الذي يشترط لتعديل أحكامه إتباع إجراءات أشد من تلك المتبعة في تعديل أحكام القانون العادي [1].

ولذا يتميز هذا النوع من الدساتير بأنه يتفق مع طبيعة القواعد الدستورية وعلو مكانتها من الناحية الموضوعية عن مكانة القوانين العادية كما يضفي على أحكام الدستور قدراً من الثبات والاستقرار ويجعله في مأمن من اعتداءات السلطة التشريعية.

فهل الدستور اليمني من الدساتير الجامدة فتتحقق مبررات قيام الرقابة على دستورية القوانين أم أنه من الدساتير المرنة؟

هذا ما نحاول إستعراضه من خلال تتبع أحكام وإجراءات تعديل دستور الجمهورية اليمنية.

فمعلوم أن دستور دولة الوحدة اليمنية تم الاستفتاء الشعبي عليه يومي ١٥-١٦/مايو/١٩٩١ وقد سبق هذا الإستفتاء الشعبي على الدستور عرض مشروعه على مجلس الشورى- في الشمال سابقاً- ومجلس الشعب- بالجنوب سابقاً- واقراه في يوم ٢١/مايو/١٩٩٠ وعلى إثر إقرار المجلسين التشريعيين في شطري اليمن تم إعلان قيام دولة الوحدة في ٢٢/مايو/١٩٩٠م وبهذه الطريقة نشأ دستور دولة الوحدة، [2] وما يهمنا هنا هو أن دستور دولة الوحدة أقر باستفتاء شعبي ،وبعد الاستفتاء عليه تم إجراء أول انتخابات نيابية وفقاً لأحكام هذا الدستور في يوم ١٩٩٣/٤/٢٧ وكان لنا أول مجلس نيابي منتخب بكامل أعضائه ، وعلى إثر نتائج الانتخابات ظهرت الأزمة السياسية بين الأحزاب التي شكلت الحكومة ومجلس الرئاسة وهي الحزب الاشتراكي- وحزب المؤتمر الشعبي العام- وحزب الإصلاح.

---

(1) المرجع السابق، ص١٦. ونفس المعنى يراجع:

- أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١٩.
- أ.د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٤٨.

(2) في تفاصيل نشأة دستور دولة الوحدة يراجع:- أحمد علي الوادعي، المأزق الدستوري في اليمن، مؤسسة العفيف الثقافية، ط١، ٢٠٠٧، ص١١ وما بعدها.

فاختلف اصحاب الإئتلاف وأعُلنت الحرب في صيف ١٩٩٤م وانتصر فيها حزبا المؤتمر الشعبي العام والاصلاح على الحزب الاشتراكي الذي كان يحكم الشطر الجنوبي سابقاً والذي أعلن أثناء قيام الحرب الانفصال ، وتم الانتصار بتحقيق الوحدة مجدداً، وبعد الانتصار تم طلب تعديل الدستور[١] والذي كانت أحكامه الخاصة بالتعديل تنص على أنه (لكل من مجلس الرئاسة ومجلس النواب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية لهذا التعديل، فإذا كان الطلب صادرا من مجلس النواب وجب أن يكون موقعاً من ثلث أعضائه وفي جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه،فإذا تقرر رفض الطلب لايجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض، وإذا وافق مجلس النواب على مبدأ التعديل يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة المواد المطلوب تعديلها فإذا وافق ثلاثة أرباع المجلس على التعديل اعتبر نافذاً من تاريخ صدوره) [٢].

وبالنظر إلى أحكام هذه المادة من ناحية المرونة والجمود نجد أن دستور دولة الوحدة المستفتى عليه عام ١٩٩١ يتصف بالجمود لأنه اشترط لإمكان تعديله شروطاً وإجراءات خاصة أكثر شدة وتعقيداً من تلك المقررة في شأن القوانين العادية، وهذه الضوابط والإجراءات تمثلت في تحديد الجهات أو السلطات التي لها حق طلب التعديل فاقتصرت على منح (مجلس الرئاسة المكون من خمسة أعضاء) أو (ثلث أعضاء مجلس النواب) ثم من حيث النسبة المطلوبة لنفاذ التعديل وهي ثلاثة أرباع أعضاء مجلس النواب المنتخب وفقاً لأحكام الدستور، وهذا الإجراء بحد ذاته يجعل الدستور جامداً ويبعد عنه صفة المرونة.

وقد تم التعديل وفقاً لهذه الإجراءات فكان لدينا التعديل الدستوري الأول عام ١٩٩٤ [٣] وأهم ملامح التعديل التي أجريت طالت نص المادة الثالثة من

([1]) أجري التعديل في يوم ١٩٩٤/٩/٢٩م.

([2]) المادة رقم (١٥٤) من دستور دولة الوحدة عام ١٩٩١م.

([3]) أطلق جانب من الفقه على الدستور المعدل عام ١٩٩٤م بدستور (الانتصار) لأنه تم بناء على طلب الحزبين المنتصرين في حرب صيف ١٩٩٤م وبحسب الاتفاق بين الحزبين الحاكمين آنذاك (المؤتمر الشعبي والإصلاح) يراجع:-

الدستور والتي كان نصها (الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع) وأصبحت بعد التعديل (الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات)[1] كما تغير شكل رئاسة الجمهورية من الصيغة الجماعية إلى الصيغة الفردية [2] وأهم ما يخص هذه الدراسة هو التعديل الجوهري فيما يتعلق بإجراءات تعديل الدستور فنصت المادة ١٥٦ من التعديل الدستوري على حكم جديد بعد الضوابط السابقة (فإذا وافق ثلاثة أرباع المجلس على التعديل يتم عرض ذلك على الشعب للاستفتاء العام فإذا وافق على التعديل الأغلبية المطلقة لعدد من أدلوا بأصواتهم في الاستفتاء العام اعتبر التعديل نافذاً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء)[3] وهذا الحكم الجديد بلا شك اعطى للشعب دوراً في إجراء التعديلات.

وبالتالي فإجراءات تعديل الدستور وفقاً للتعديل أكثر جموداً وذلك من خلال اشتراطه لنفاذ التعديلات إجراء استفتاء عام عليها من قبل الشعب وهو ما لم يكن مقرراً في دستور دولة الوحدة الذي أقره الشعب باستفتاء عام ، وما إن تم على ضوء أحكام الدستور المعدل إجرء انتخابات نيابية ورئاسية حتى تقدم رئيس الجمهورية بطلب تعديل الدستور مجدداً وذلك بمبررات ساقتها ورقة طلب التعديلات كان من نتائجها تجديد ولاية الرئيس لدورات قادمة حيث نص الدستور المعدل عام ١٩٩٤م على قاعدة عدم جواز تولي رئيس الجمهورية لأكثر من

- احمد الادعي، المأزق الدستوري في اليمن، مرجع سابق، ص١٠٥، بينما وصف التعديل الدستوري جانب من الفقه بالدستور المعدل، يراجع: أ.د. احمد عبدالرحمن شرف الدين، دستور الجمهورية اليمنية المعدل في الميزان دار الفكر المعاصر، صنعاء،١٩٩٥م.

(1) المادة (٣) من التعديل الدستوري عام ١٩٩٤م.

(2) كان نص المادة ٨٢ من الدستور المستفتى عليه يتبنى الصيغة الجماعية لرئاسة الجمهورية فـ(رئاسة الجمهورية اليمنية يمارسها مجلس رئاسة مكون من خمسة أعضاء ينتخبهم مجلس النواب) وأصبحت المادة ١٠٤ تنص على أن (يمارس السلطة التنفيذية نيابة عن الشعب رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء ضمن الحدود المنصوص عليها في الدستور).

(3) هذا بالإضافة إلى أن التعديل الدستوري أضاف ٢٨ مادة جديدة فكان عدد مواد دستور ١٩٩١ (١٣١) مادة أصبح عدد مواد الدستور بعد التعديل (١٥٩) مادة.

دورتين انتخابيتين مدة كل دوره خمس سنوات [١] فأصبحت المادة (١١٢) من التعديل الدستوري المستفتى عليه مطلع العام ٢٠٠١م تنص على أن (مدة رئيس الجمهورية سبع سنوات.... ولا يجوز لأي شخص تولي منصب الرئيس لأكثر من دورتين)[٢].

وكان لنا بهذا الإستفتاء ثلاثة تعديلات دستورية في أقل من عشر سنوات وأهم ما ورد في التعديلات الأخيرة فيما يتعلق بأحكام تعديل الدستور أنه ميز بين نوعين من أحكامه فجعل الأولى كقاعدة عامة لا تنفذ إلا بعد إجراء استفتاء شعبي عليها وهي المواد المتعلقة (بالباب الأول والثاني والمواد (٦٢، ٦٣، ٨١، ٨٢، ٩٢، ٩٣، ٩٨، ١٠١، ١٠٥، ١٠٨، ١١٠، ١١١، ١١٢، ١١٦، ١١٩، ١٢١، ١٢٨، ١٣٩، ١٤٦، ١٥٨، ١٥٩)[٣].

فهذه المواد يلزم لتعديلها موافقة ثلاثة أرباع أعضاء مجلس النواب على طلب التعديل ثم إجراء استفتاء شعبي عام عليها ليصبح التعديل نافذا أما المواد الأخرى فيكفي في تعديلها موافقة ثلاثة أرباع المجلس التشريعي لتصبح نافذة.

وبالنظر إلى هذا التعديل الذي ميز بين نوعين من أحكام الدستور إلا أنها جميعاً تتطلب إجراءات أشد تعقيداً من تعديل القوانين العادية الأمر الذي يجعل الدستور يتصف بالجمود في كل الأحوال [٤].

وبما أن المادة ١١٢ من ضمن المواد التي يلزم لتعديلها إجراء استفتاء شعبي عام بعد موافقة ثلاثة أرباع أعضاء مجلس النواب وهي متعلقة بمبدأ التداول السلمي للسلطة وتقرر حكماً مستقى من الدستور المعدل عام ١٩٩٤م مفاده عدم جواز تولي منصب الرئيس لأكثر من دورتين مدة كل دورة سبع سنوات ، فما إن أتم رئيس الجمهورية الدورات وفقاً للدستور المعدل عام ١٩٩٤م وأتم دوره في ظل الدستور المستفتى عليه ٢٠٠١م وبمجرد نجاحه في الدورة الثانية والتي يفترض أن تكون أخر دورة حتى بادر بطلب تعديل الدستور متضمناً

---

(1) وذلك بحكم نص المادة (١١١) من الدستور المعدل عام ١٩٩٤م.

(2) المادة ١١٢ من الدستور المستفتى عليه عام ٢٠٠١م.

(3) المادة ١٥٨ من الدستور المستفتى عليه مطلع العام ٢٠٠١م.

(4) لمزيد من التفاصيل يراجع: منصور الواسعي، الحقوق السياسية في دستور الجمهورية اليمنية رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠٠٥م، ص١٢٨.

تعديل النظام السياسي من برلماني إلى رئاسي ومقترحاً انتخاب أعضاء مجلس الشورى وإلغاء منصب رئيس الوزراء [1].

مع العلم أن التعديل الدستوري المستفتى عليه مطلع العام ٢٠٠١م وسع من صلاحيات رئيس الجمهورية في مواجهة مجلس النواب المنتخب وأجاز له حل البرلمان دون استفتاء شعبي عن طريق الدعوة لإنتخابات نيابية مبكرة [2] كما استحدث مجلس الشورى والمعين بكامل أعضائه ال(١١١) عضواً من قبل رئيس الجمهورية وجعله تابعاً له بحكم المادة ١٢٦ ومع ذلك أعطاه التعديل الدستوري صلاحيات مشتركة مع مجلس النواب قللت بلا شك من سلطات الأخير وجعلت المجلس المعين مشاركاً المجلس المنتخب في بعض الصلاحيات التشريعية.

عوداً على بدء بالنظر إلى أحكام تعديل دستور الجمهورية اليمنية نجده نظرياً يتصف بالجمود ولكن كثرة التعديلات التي طالته في فترة قصيرة - والتي ستطاله - تجعل إجراء التعديل امراميسوراً وسهلاً للغاية .

وخلاصة الأمر أن الدستور اليمني من الدساتير الجامدة نظرياً والتي لا يمكن تعديلها بنفس إجراءات تعديل القوانين العادية الأمر الذي يمكن من القيام برقابة دستورية استناداً إلى عنصر وجود الوثيقة الدستورية المكتوبة والتي تحتاج إلى تعديلها إجراءات أشد تعقيداً من تعديل القوانين العادية.

ونأتي هنا للحديث عن أنواع الرقابة على دستورية القوانين في المبحث الثالث.

---

(1) قدم هذا الطلب أمام الرأي العام مطلع العام ٢٠٠٨م ومايزال محل نقاش وجدل بين الأحزاب السياسية إلى تاريخ تحرير هذه الرسالة.

(2) حكم المادة ١٠١ من التعديل الدستوري ٢٠٠١م.

المبحث الثالث

أنواع الرقابة على دستورية القوانين

الرقابة على دستورية القوانين إما أن تكون سابقة على إصدار التشريع فترد على مشروعات القوانين أو أن تكون لاحقة على إصدار القوانين فترد عليها بعد استكمال صدورها ودخولها حيز التنفيذ، هذا التقسيم من حيث زمن إعمال الرقابة ولكن اشهر التقسيمات هي الرقابة السياسية والتي تقوم بها هيئة سياسية أو الرقابة القضائية والتي تسند إلى هيئة قضائية ، والتقسيم الأخير هو ما نتناوله في المطلبين التاليين لمحاولة التمييز بينهما على النحو التالي:-

المطلب الأول: الرقابة السياسية .

المطلب الثاني: الرقابة القضائية .

المطلب الأول
الرقابة السياسية

(تعني الرقابة السياسية على دستورية القوانين اسناد مهمة الرقابة إلى هيئة سياسية يكون اختصاصها محدوداً بمراجعة القانون قبل صدوره حتى لا يصدر مخالفاً للدستور، والهيئة السياسية التي تختص بالرقابة السياسية على دستورية القوانين تتعدد أشكالها فقد تكون هيئة تابعة للبرلمان، وقد تكون تابعة للسلطة التنفيذية وأخيراً قد تكون بالانتخاب)(١)، وبما أن الرقابة السياسية ترد في الغالب على مشروعات القوانين قبل صدورها فيعرفها البعض بأنها رقابة وقائية تحول دون صدور القوانين المخالفة للدستور (٢) ولكن هذه الميزة لا تصدق إلا إذا كانت هذه الهيئة ستخضع جميع مشاريع القوانين للفحص قبل إصدارها ،والواقع أن أغلب النظم الدستورية التي تأخذ بنظام الرقابة السياسية تجعل مسألة تحريك الفحص الدستوري لمشاريع القوانين بيد بعض رؤساء السلطات العامة كرئيس الدورلة ورئيس الجمعية الوطنية أو مجلس النواب أو لعدد معين من أعضاء المجالس المنتخبة كما هو حال الدستور الفرنسي - قبل التعديل الاخير(٣) - والذي كان يعتمد على الرقابة السياسية السابقة ومنه تستمد معظم الأنظمة الدستورية العربية هذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين (٤)، وهذه النظم لا تلزم

---

(1) أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م، ص١١٨.

(2) د. فؤاد العطار، النظم السياسي والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤م، ص١٩٧.

(3) اجري مؤخرا عام ٢٠٠٨م تعديل في نظام المجلس الدستوري الفرنسي سمح بموجبه للافراد بحق تحريك الدعوى الدستورية بعد اصدار التشريع ما يجعل من المجلس محكمة دستورية تعتمد الرقابة اللاحقة .

(4) يراجع في نظام رقابة المجلس الدستوري الفرنسي:
- هنري روسيون، المجلس الدستوري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ترجمة د. محمد وطفه، ٢٠٠١م.
- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، دار التيسير- القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٥-٩٢.
- وأهم الأنظمة السياسية العربية التي تأخذ بالرقابة السياسية، دستور تونس عام ١٩٥٩م وتعديله عام ١٩٩٥م، الدستور الجزائري عام ١٩٩٦م، دستور المملكة المغربية الصادر عام ١٩٩٦م ودساتيرها السابقة عام ١٩٦٢، ١٩٧٠م، ١٩٧٢م، ١٩٩٢م، ودستور الجمهورية الموريتانية

عرض جميع مشاريع القوانين على الهيئة السياسية لفحص دستوريتها وبالتالي لا تخضع لهذه الرقابة إلا ما تم عرضه سواء كان العرض وجوبيا أو جوازياً وبهذا تنحسر هذه الميزة عن مشاريع القوانين التي لم يتم إحالتها للمجلس الدستوري ولا تخضع لأي رقابة خاصة إذا ما علمنا بأن الرقابة السياسية لا تنظم حق الأفراد في طلب الفحص أو إقامة الدعوى بعدم الدستورية ولا تجيز الطعن في القوانين بعد صدورها ، الأمر الذي يجعل من الرقابة السياسية قاصرة عن أداء مهمتها في الحفاظ على نصوص الدستور من أي مخالفة.

والواقع أن توصيف الرقابة بالسياسة انطلاقاً من قيام هيئة سياسية بأعمال الرقابة وتحديد طبيعة الهيئة بالسياسية انطلاقاً من الطريقة التي يتم بها تعيين أعضاء الهيئة محل نظر وتأمل، فلا يكفي لاعتبار المجلس المناط به القيام بالرقابة على دستورية القوانين سياسياً أو الهيئة المكلفة بهذا الدور استناداً إلى طريقة اختيار وتعيين أعضائه أو حتى شروط تعيينهم - من حيث التأهيل العلمي - في حال كونها قانونية أو قضائية أو خلاف ذلك لأن المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية على سبيل المثال يتم تعيين أعضائها من قبل سلطات سياسية وتخضع لفحص سياسي بل إن اختيارهم يتم وفقاً للإنتماء السياسي لرئيس الدولة ومجلس الشيوخ الذي يراقب هذه الترشيحات ، كما أن القانون لا يشترط في المعينين أي كفاءة قانونية وإن دأب الرؤساء على ترشيح ذوي الكفاءة القانونية إلا أنه غير ملزم البتة، ومع ذلك فما تقوم به المحكمة العليا- هي رقابة قضائية نظراً لاتاحة فرصة الادعاء من قبل الأفراد ووجود عنصر المواجهة في إجراءات النظر في الطعن بعدم الدستورية ناهيك عن الطبيعة القانونية للحكم الذي تصدره المحكمة وكذا إسناد هذه الرقابة إلى (محكمة) أنشائها الدستور ذاته، فنحن هنا أمام رقابة قضائية وإن كان طريق تعيين أعضاء المحكمة من قبل سلطة سياسية.

كما لا يكفي لتوصيف العمل القانوني بالقضائي نظراً لوجود عنصر قضائي مشارك في أعمال المجلس أو الهيئة المكلفة برقابة دستورية القوانين فالمجلس الدستوري في لبنان يشترط القانون أن يكون جميع أعضائه من القانونيين ومع ذلك يعتبر مجلساً سياسياً لأن فلسفته قائمة على الفصل المطلق والتام بين المؤسسة التشريعية والسلطة القضائية وهي الفلسفة المستمدة من النظام

الصادر عام ١٩٩١م ودستور لبنان الصادر عام ١٩٩٠م. يراجع في تفاصيلها أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٤٧-٨٢.

الفرنسي الذي يأبى أن يخضع أعمال السلطة التشريعية - باعتبارها ممثلة للأمة - للسلطة القضائية ويجرم تدخل أعضاء السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية، بالرغم من أن ما يقوم به المجلس الدستوري أثناء عملية فحص مشاريع القوانين لمراقبة مدى مطابقتها للدستور من عدمه هو عمل قانوني بحت يتطلب لإعماله خبرات قانونية تفصل فيما اختلف مع الدستور وما توافق معه بحكم بات.

ولهذه الأسباب اثير التساؤل حول الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري - قبل التعديل الدستوري الذي منح الافراد حق تحريك الدعوى الدستورية - وهل يعد محكمة قضائية أم هيئة سياسية نظراً للدور الذي يقوم به ، فذهب بعض الفقهاء إلى أن أهم عنصر يعتد به في اعتبار المجلس هيئة سياسية هو افتقاره لتنظيم حق الأفراد في رفع الدعاوى أمامه (وعدم وجود دعوى أمامه حيث لاتوجد خصومة ولاتوجد مرافعة)[1] وفي حال منح الأفراد حق التقاضي أمامه فإنه من الصعب اعتباره بالهيئة السياسية [2]، وهو ما حدث مؤخراً عام ٢٠٠٨م .

وبما أن نظام الرقابة السياسية السابقة لا يمنح الأفراد حق تحريك الدعوى فهي رقابة مقررة لصالح السلطات العامة [3] في حين أن الرقابة القضائية ، كما سنرى لاحقاً مقررة لصالح الأفراد.

وبالتالي فالهيئة السياسية لا تفصل بحكم في النزاع القائم وإنما تفحص الطلب المقدم إليها من السلطات العامة التي حددها القانون وتصدر قرارها في هذا الشأن بمطابقة القانون أو عدم مطابقته للدستور.

---

(1) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٥.

(2) يراجع في أراء الفقهاء الذين يعتبرون المجلس الدستوري هيئة قضائية المرجع السابق.
C.E.12 decemlere 1969, confederation des vignerons du midi, A.J.1969, p.163.
مشار إليه في المرجع السابق، ويراجع في اعتبار المجلس الدستوري محكمة دستورية حقيقية، هنري روسيون، المجلس الدستوري، مرجع سابق، ص١١.

(3) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٧.

وقد فصل الفقه [1] في تقدير الرقابة السياسية سواء من حيث مميزاتها وعيوبها وما تتميز به الرقابة القضائية بهذا الصدد والتي نأتي لبياناتها باختصار في المطلب الثاني.

---

(1) يراجع في مزايا الرقابة السياسية وعيوبها:
- أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي...، مرجع سابق، ص١١٨.
- أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٨٦.
- ماجد سلطان، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٣م، ص٢٢.
- أ.د. يسري العصار، موازنة بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على الدستورية، مجلة الدستورية، مرجع سابق، ص٢٥.

المطلب الثاني
الرقابة القضائية

الرقابة القضائية على دستورية القوانين مفادها قيام القاضي بالفصل في المنازعة المتعلقة بمطابقة القانون للدستور من عدمه ، فهي تعتمد على قيام المحاكم بالفصل في دستورية القوانين عندما تعرض المنازعة أمامها وتتولاها المحاكم بحكم وظيفة القضاء في الفصل في تنازع القوانين المختلفة في الدرجة أثناء نظر الخصومات.

(وبهذا تقوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين على إسناد مهمة الرقابة إلى هيئة قضائية ، فالقاضي وهو يفصل في المنازعات التي تعرض عليه يطبق القانون وهو مطالب بأن يبحث- كخطوة أولى- مدى اتفاق هذا القانون مع الدستور بحسبان أن هذا الأخير يأتي على قمة البناء القانوني في الدولة، وعلى هذا الأساس يعد إسناد الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة قضائية أمراً منطقيا)[١].

وتمدنا الدراسات القانونية المقارنة بنوعين من النظم القانونية للرقابة القضائية على دستورية القوانين:-

الأول: لامركزية الرقابة: ويعهد بمقتضاه بالرقابة إلى جميع الهيئات التي تمارس الوظيفية القضائية ومثاله التقليدي نظام الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية [٢].

والثاني: مركزية الرقابة: ومؤاداه أن يعهد بالرقابة على دستورية القوانين إلى جهة قضائية واحدة، قد تكون محكمة دستورية متخصصة وقد تكون المحكمة العليا في النظام القضائي [٣] وقد أخذ دستور جمهورية مصر العربية بفكرة المحكمة الدستورية المتخصصة وذلك عام ١٩٧١م، في الوقت الذي اتجه المشرع الدستوري في اليمن إلى اسناد القضاء الدستوري إلى المحكمة العليا والتي تختص بالفصل في كافة الطعون

---

(1) أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي.....، مرجع سابق، ص١٢٠.

(2) سيتم دراسة النظام القضائي الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية في فصل لاحق.

(3) أ.د. عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ط١، ١٩٨٩م، الكويت، ص٦٤٩.

المتعلقة بكافة المنازعات المدنية والجنائية والعسكرية والإدارية، وسندرس ذلك لاحقاً بالتفصيل.

وفي مجال المقارنة بين نظام مركزية الرقابة ولا مركزيتها يرجح الفقه كفة مركزية الرقابة لأنه يتجنب ما يترتب على نظام اللامركزية من إشاعه القلق وعدم الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية حيث تتضارب أحكام المحاكم في دستورية أو عدم دستورية قانون بعينه، هذا فضلاً عن أن جزاء الإلغاء المرتبط بمركزية الرقابة يرفع الإشكالات التي قد تترتب على مجرد امتناع المحكمة عن تطبيق قانون معين في قضية معروضة عليها مع بقائه رغم ذلك قائماً فيما عداها (١).

وتتميز الرقابة القضائية في أن (القضاء جهة مستقلة تحرص الدساتير عادة على ضمان استقلالها عن سلطات الدولة الأخرى، كما أن القاضي يتميز بالحياد في إصدار حكمه في مشكلة الدستورية فهو ليس طرفاً في النزاع وليس ممثلاً لجهة لها مصلحة في النزاع حول دستورية القوانين) (٢).

وقد ظهرت الرقابة القضائية في وقت مبكر في الدول التي عرفت الدساتير المكتوبة وساد فيها فكرة سمو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية، كما ظهرت الرقابة السياسية في الدول التي ساد لديها فكرة أو مبدأ سمو الأمة وإرادتها التي لاتعلو عليها أي إرادة وذلك من خلال إعلاء شأن كل ما يصدر عن ممثلي الأمة، كما أن الفكر الأوروبي لا يعتبر الدستور إلا وثيقة سياسية توافق الناس عليها يمكن تعديلها كلما لزم الأمر ، كما سادت فكرة الفصل المطلق بين السلطات، ولذا لا يمكن تأييد الرأي الذي يذهب إلى أنه (عندما انتفت الثقة في قدرة الرقابة الدستورية عن طريق الهيئة السياسية أياً كانت طريقة تشكيلها على أداء مهامها وتحقيق الهدف منها اتجهت الأفكار إلى البحث عن طرق أخرى تكون أكثر فائدة ووجدت ذلك في جعل الرقابة على دستورية القوانين من اختصاص هيئة قضائية)(٣) وذلك لأن الرقابة القضائية نشأت في بيئة سياسية لم تعرف الرقابة السياسية كالولايات المتحدة الأمريكية واستمرت فيها إلى

---

(1) المرجع السابق، ص٦٥٠.

(2) أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي....، مرجع سابق، ص١٢٢.

(3) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٩٣.

يومنا هذا في الوقت الذي ظهرت فيه الرقابة السياسية في فرنسا منذ العام ١٧٩٩م واستمرت إلى يومنا هذا مع تطور في آلياتها وتشكيلها ومهامها.

وبما أن الرقابة القضائية ترد على القوانين وليس على مشروعاتها فإنها توصف بالرقابة العلاجية تمييزاً لها عن الرقابة السابقة والتي توصف بالرقابة الوقائية، وذلك لأن الرقابة القضائية أصلاً رقابة لاحقة لصدور القوانين (١).

والسؤال المطروح على بساط البحث: هل يمكن أن تكون الرقابة القضائية سابقة؟ وبالتالي ترد على مشروعات القوانين؟ وهل يمكن الجمع بين الرقابة القضائية السابقة واللاحقة؟ في آن واحد؟

أثير هذا التساؤل بعد إجراء تعديل المادة ٧٦ من الدستور المصري (٢) والتي كانت محل نقد واسع من الفقهاء وأهل السياسة، وما يهمنا فيما ورد من أحكامها الطويلة والمتعددة هو أمران: **الأول**: الحكم الخاص بقرارات (لجنة الانتخابات الرئاسية) والتي أنشأها نص المادة وتحصين قراراتها من أي طعن قضائي ، فقد نصت المادة أن (تصدر اللجنة قراراتها بأغلبية سبعة من أعضائها على الأقل وتكون قراراتها نهائية ونافذة بذاتها غير قابلة للطعن عليها بأي طريق وأمام أية جهة كما لا يجوز التعرض لقراراتها بالتأويل أو بوقف التنفيذ).

هذا النص الدستوري الذي أريد منه تحصين قرارات لجنة إدارية في موضوع هام متعلق بتنظيم الانتخابات الرئاسية وقد يكون من بين قرارات اللجنة استبعاد أحد المرشحين أو عدم قبول أوراق ترشيحه مما يخل بمبدأ التنافس على هذا المنصب السياسي الهام ، وهذا التحصين بنص دستوري يمنع القضاء الدستوري فيما إذا صدر قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية ونص على عدم جواز

---

(١) أ.د. محمد عبالعال السناري، مبادئ القانون الدستوري في الأنظمة الوضعية والنظام الإسلامي، دار النهضة العربية.

(٢) اجري التعديل للمادة ٧٦قبيل الانتخابات الرئاسية التي اجريت عام ٢٠٠٥م وذلك بالاستفتاء الشعبي الذي اجري في ٢٠٠٥/٥/٢٥م وقد اصبحت هذه المادة بعد تعديلها اطول مادة في الدستور المصري وقد وجه الفقه إنتقادات واسعة حول الاستفتاء والتعديل من حيث الشكل ، والمادة تضمنت احكاما منها ما يصلح ان يكون في القانون ومنها مايمكن ان يكون في لائحة ولا يصح ان يكون نصا دستوريا ، يراجع في نقد التعديل : مجلة الدستورية ، العدد السابع ، السنة الثالثة ، ابريل ٢٠٠٥م.

الطعن في قرارات اللجنة المشرفة على الانتخابات فإذا ما تم الطعن عليه وجد من الدستور سنداً لوجوده يمنع القضاء الدستوري من إعمال رقابته (١) كما يعتبره جانب من الفقه (٢)- وبحق- سياسة متصلة ضمن سلسلة من القرارات تهدف إلى الإنتقاص من دور المحكمة الدستورية العليا وتحد من دورها في رقابة دستورية القوانين بالإضافة إلى النص المتعلق بالرقابة السابقة والذي خصصت له المادة ٧٦ أخر فقرة فيها وهو **الأمر الثاني** الذي يهمنا في هذا التعديل الخطير والمتعلق بإقرار رقابة سابقة أسندها النص الدستوري إلى المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بقانون الانتخابات الرئاسية، فقد جاء فيها أن (يعرض رئيس الجمهورية مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره لتقرير مدى مطابقته للدستور وتصدر المحكمة قرارها في هذا الشأن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ عرض الأمر عليها فإذا قررت المحكمة عدم دستورية نص أو أكثر من نصوص المشروع رده رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب لإعمال مقتضى هذا القرار).

وبهذا النص ذهب جانب من الفقه (٣) إلى أن الدستور المصري بعد تعديل المادة ٧٦ منه قد أخذ بالرقابة القضائية السابقة فيما يتعلق بمشروعات قانون الانتخابات الرئاسية وتعديلاته وأنه ليس للمحكمة الدستورية أن تمارس أي رقابة لاحقة على هذا القانون بعد إصدارها لقرار بدستوريته استناداً إلى طلب العرض المقدم من رئيس الجمهورية.

---

(1) يراجع في نقد هذا النص: د. محمد رفعت عبدالوهاب، مدخل إلى الإصلاح الدستوري مقالة بمجلة الدستورية، العدد٨ السنة٣ أكتوبر ٢٠٠٥، ص٢٢.

- تركي سطام المطيري ، الجوانب الاجرائية في الدعوى الدستورية ،رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة القاهرة ،٢٠٠٨م ،ص٢٦٧.

(2) أ.د. فتحي فكري، الرقابة السابقة، مقالة بمجلة الدستورية، العدد السابق، ص٣٤.

(3) أ.د. أحمد فتحي سرور، الرقابة القضائية على دستورية القوانين:- لاحقة أم سابقة، مقالة بمجلة الدستورية العدد٨ السنة ٣ أكتوبر ٢٠٠٥، ص١٢.

- د. عبدالعزيز محمد سالمان، دور محكمة الموضوع في رقابة الدستورية، مقالة بمجلة الدستورية العدد السابقة، ص٤١. اعتبر الرقابة السابقة بديلاً عن الرقابة القضائية اللاحقة، ص٥٢.

في الوقت الذي انتقد جانب من الفقه [1] المشرع الدستوري في الأخذ بالرقابة السابقة، واعتبرها البعض مشكوكاً في دستوريتها حتى لو نص عليها الدستور، كما عده جانب أخر ضمن سياسة متصلة تنال من دور المحكمة الدستورية العليا، وتلغي رقابتها القضائية بحسبان أن هذه الرقابة السابقة- وبحق- ليست قضائية، لارتباط الرقابة القضائية بوجود نزاع حول تطبيق نص وهو ما ينتفي حال عرض مشروع القانون أو اللائحة على محكمة أو هيئة سياسية لبيان اتفاقه مع الدستور، ويكفي للتدليل على أن ما استحدثه التعديل الدستوري فيما يتعلق برقابة مشروع قانون الانتخابات الرئاسية ليست رقابة قضائية حتى لو تم عرض هذا المشروع على المحكمة الدستورية العليا أن هذا العرض يتم بناء على طلب من رئيس الجمهورية وحسب ، وليس لأي مواطن الطعن أمام القضاء فيما يتعلق بعدم دستورية نص في هذا القانون أو في القانون برمته [2]، وطالما لا يوجد طعن أمام القضاء- ولو بطريق الدفع الفرعي- فلا توجد خصومة قضائية بالمعنى الفني والدقيق وبالتالي لا يوجد حكم قضائي في المنازعة المتعلقة بدستورية أو عدم دستورية هذا القانون.

---

(1) يراجع:-

- د. محمد رفعت عبدالوهاب، مدخل إلى الإصلاح الدستوري، مقالة بمجلة الدستورية، مرجع سابق، ص١٨.
- د. عاطف البنا، الرقابة القضائية السابقة على دستورية القوانين، مقالة بمجلة الدستورية، مرجع سابق، ص١٣.
- د. فتحي فكري، الرقابة السابقة، مقالة بمجلة الدستورية، مرجع سابق، ص٣٤.

(2) في الواقع تم الطعن بعدم دستورية هذا القانون وأصدرت المحكمة الدستورية العليا حكماً راقبت فيه التزام مجلس الشعب بما ورد في قرارها المتعلق بالرقابة السابقة وبهذا خلصت إلى أن (مايثيره الطاعن بشأن المواد المطعون عليها من ذلك القانون يكون غير قائم على أساس يتعين القضاء برفضه).

حكم المحكمة الدستورية العليا بمجلسة ٢٧ أغسطس ٢٠٠٦ في دستورية رقم ١٩٨ لسنة ٢٧ق والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٦ مكرر (ب) في ٢٠٠٦/٩/١٣. هذا ما دفع جانب من الفقه إلى القول بأن المحكمة جمعت بين الرقابة السابقة واللاحقة على قانون الانتخابات الرئاسية. يراجع المستشار/ حمدان حسن فهمي، مرجع سابق، ص٥٥٣.

كما أن ما يتم في المحكمة الدستورية هو فحص دون دعوى وخصومة قضائية لنصوص الدستور خلال مدة قصيرة حددها النص الدستوري لا تمكن المحكمة من استجلا نظرها لكافة نصوص القانون ولا تتمكن من إظهار معايبه وعواره الدستوري ، وفي الأخير فالرقابة القضائية ترد على قانون دخل حيز التنفيذ واظهر خلافاً أثناء التطبيق وهنا الفحص على مشروع قانون، والرقابة القضائية يصدر عنها حكم حائز لقوة الأمر المقضي به (بات ونهائي) ولا يحتاج إلى تنفيذه أي عمل تقوم به السلطة التشريعية فلا يتوقف نفاذ الحكم الدستوري على قيام السلطة التشريعية بتنفيذ ماورد بالحكم في الوقت الذي يعرض فيه (قرار) المحكمة الدستورية على مجلس الشعب للعمل بمقتضاه وبالتالي فالتنفيذ متوقف على عمل السلطة التشريعية للأخذ بقرار المحكمة الدستورية، لكل ماسبق لا يمكن اعتبار الرقابة السابقة المستحدثة بنص المادة ٧٦ رقابة قضائية تحصن القانون من الطعن فيه أمام القضاء الدستوري وإنما تعتبر رقابة سياسية لإفتقارها إلى تقرير حق الأفراد في الطعن ولو بطريق الدفع الفرعي ضد القانون ، وهذا هو أهم عنصر يميز الرقابة السياسية السابقة عن الرقابة القضائية اللاحقة ، حتى لو كان العمل الذي تم بموجبه الفحص للدستورية أمام محكمة متخصصة ، فالمحكمة الدستورية بالإضافة إلى اختصاصها الأصيل بالرقابة على دستورية القوانين تمارس أعمالاً إدارية ولا يعدو هذا القرار الصادر منها بشأن قانون الانتخابات سوى استشارة بناء على طلب رئيس الجمهورية وإن التزمت السلطة التشريعية للعمل بموجبه إلا أن ذلك لا يمنع المحكمة من القيام بدورها الرقابي إذا ما اتصلت بالدعوى الدستورية بشأن هذا القانون وإن القول بخلاف ذلك يلغي الرقابة القضائية ويعطل أحكام الدستور الذي نظمها بنصوص صريحة.

وبهذا ننهي الحديث عن الفصل التمهيدي لنشرع في فتح أبوب الرسالة سائلين المولى العون والتوفيق والسداد والله من وراء القصد.

الباب الأول

تشكيل القضـاء الدستوري

نتنـاول بمشيئة الله في هذا البـاب تشكيل القضاء الدستوري فـي القانون المقـارن فـي فصل أول ، ونجعـل الفـصل الثـاني للحـديث عـن تـشكيل القـضاء الدستوري في اليمن وذلك على النحو التالي:-

الفصل الأول: تشكيل القضاء الدستوري في القانون المقارن .

الفصل الثاني: تشكيل القضاء الدستوري في اليمن .

الفصل الأول

تشكيل القضاء الدستوري في القانون المقارن

نخصص هذا الفصل للحديث عن تشكيل القضاء الدستوري في كلاٍ من جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها مهد الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وعلى ذلك سيتم تناول هذا الفصل في مبحثين على التوالي:

المبحث الأول: تشكيل القضاء الدستوري في جمهورية مصر العربية .

المبحث الثاني: تشكيل القضاء الدستور في الولايات المتحدة الأمريكية .

المبحث الأول
تشكيل القضاء الدستوري في مصر

تمهيد وتقسيم:

بعد أن كانت الرقابة على دستورية القوانين محل خلاف بين الفقهاء في الدول التي نشأت فيها كالولايات المتحدة الأمريكية - والتي تعتبر السوابق القضائية العملية هي المنشأ لتلك الرقابة وليس النص الدستوري - فقد أصبح مبدأ الرقابة على دستورية القوانين راسخاً في الأذهان والوثائق الدستورية، وهذا حال الرقابة على دستورية القوانين في مصر حيث مرت الرقابة بمراحل وتطورات أدت إلى ظهور هذا المبدأ في صلب الوثيقة الدستورية ، وأصبحت ركناً من أركان النظام الدستوري في مصر.

وبما أن للقضاء والفقه دوراً في ظهور واستكمال معالم الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، فسنشير إلى دور القضاء والفقه في وضع أسس الرقابة على دستورية القوانين ، وذلك في مراحل تطور النظام القضائي في مصر ، فنتحدث في المرحلة الأولى عن دور القضاء في نشأة الرقابة على دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة العليا، والمرحلة الثانية في ظل المحكمة العليا، والأخيرة عن مرحلة المحكمة الدستورية العليا، وقبل ذلك نشير إلى دور الفقه في إقرار حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين.

وبناء على ماسبق سيتم بمشيئة الله تعالى تقسيم هذا المبحث على النحو التالي:-

المطلب الأول: دور الفقه والقضاء في نشأة الرقابة على دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة العليا.

الفرع الأول: دور الفقه في نشأة الرقابة على دستورية القوانين.

الفرع الثاني: دور القضاء في نشأة الرقابة على دستورية القوانين.

المطلب الثاني: تشكيل القضاء الدستوري في ظل المحكمة العليا.

المطلب الثالث: تشكيل القضاء الدستوري في ظل المحكمة الدستورية العليا.

المطلب الأول

دور الفقه والقضاء في نشأة الرقابة على دستورية القوانين (قبل إنشاء المحكمة العليا)

نتحدث في هذا المطلب عن دور الفقه في إقرار الرقابة على دستورية القوانين في الفرع الأول ، ونخصص الفرع الثاني لدور القضاء في نشأة الرقابة على دستورية القوانين ، وذلك على النحو التالي:-

الفرع الأول

دور الفقه في نشأة الرقابة على دستورية القوانين

نظراً لخلو الدستور المصري الصادر عام ١٩٢٣م من أي نص يبيح أو يمنع الرقابة على دستورية القوانين فقد أدى ذلك إلى انقسام الفقه والقضاء بين مؤيد لحق القضاء في ممارسة هذه الرقابة ومعارض لها.

وبما أن الرقابة على دستورية القوانين كان منشأوها السوابق القضائية قبل النص الدستوري فإن تلك السوابق كانت وليدة آراء وأفكار نادى بها الفقهاء (١)، هذه الآراء شجعت القضاء للقيام بدور الرقابة على دستورية القوانين ، وليس أدل على ذلك ما يذهب إليه جانب من الفقه (٢) من أن الأدلة والحجج التي شاد عليها مارشال (٣) مبدأ الرقابة لم يبتدعها ولم ينشئها من عنده، وإنما كان كثير منها متداولاً ومسموعاً في الفقه الأمريكي، كما أن بعضها قد تردد داخل الكونجرس خلال مناقشة مشروع القانون الذي تقدمت به حكومة جفرسون عام ١٨٠٢م لسحب قانون الإصلاح القضائي الذي أصدره الاتحاديون عام ١٨٠١م.

والسؤال المطروح على بساط البحث، هل كان هناك إجماع من الفقه على إقرار مبدأ الرقابة القضائية؟ أم أن ثمة آراء فقهية تمنع ذلك، هذا ما نحاول الإجابة عليه في البندين التاليين:-

---

(1) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، د.ت، ص١٦٣.

(2) أ.د. كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٨، ص٢٩.

(3) القاضي مارشال سيأتي لاحقا تفصيل قضيته الشهيرة في حكم ماربوري ضد ماديسون.

أولاً: الاتجاه المعارض للرقابة القضائية:

فكرة الرقابة على دستورية القوانين قائمة على وجود دستور مكتوب ، لكن لا يمكن القول أو التسليم بأن قيام الرقابة القضائية من النتائج الضرورية لاتباع نظام الدستور المكتوب، (إذ ليس للكتابة في ذاتها صلة مفهومة بمشكلة الرقابة، كما أن كثيراً من البلاد ذوات الدساتير المدونة لا تعرف نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بل إن منها ما استبعد تلك الرقابة بنصوص دستورية صريحة)[1] ولذا فإن غياب النص القانوني الذي ينظم ويقر حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين هو الذي يترك المجال مفتوحاً أمام اجتهادات الفقهاء بين مؤيد ومعارض للرقابة ، الأمر الذي يجعل القضاء- في غياب النص- متردداً في إعمال هذه الرقابة من عدمها.

ويجمع الفقهاء المعاصرون على أن جانباً من الفقه المصري [2] كان يذهب إلى وجوب منع القضاء المصري من التعرض لموضوع رقابة دستورية القوانين متأثرين بالفقه الفرنسي [3].

والواقع أن الفقه الفرنسي لا يعتبر رائداً في مجال الاعتراض على الرقابة القضائية على دستورية القوانين لأمرين : أولهما أن ثمة نصوصاً قانونية بفرنسا

---

(1) أ.د. كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٨. ويشير الدكتور في الهامش من ذلك الدستور البلجيكي الصادر عام ١٨٣١م، والدستور البولوني الصادر عام ١٩٢١.

(2) يذهب إلى هذا الاتجاه الدكتور وحيد رأفت والدكتور وايت إبراهيم، أنظر مؤلفهما القانون الدستوري، القاهرة، المطبعة المصرية، ١٩٧٣م، ص١٤ وما بعدها.

(3) أ.د.جابر جاد نصار ،الاداء التشريعي ، مرجع سابق ، ص ١٢٦،د. عبدالعزيز محمد سالمان، التطور التاريخي لمبدأ رقابة دستورية القوانين في مصر، مقالة ، مجلة الدستورية، العدد الأول، السنة الأولى، يناير٢٠٠٣، ص٥١. د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٤، ص٢٠٤. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٨، ص٧١. د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص٢٧٣.

تحول بين القضاء الفرنسي وبين رقابة دستورية القوانين ، [1] وثانيهما أن جانباً من الفقه الأمريكي كان يذهب إلى ذات الاتجاه، بل إن جانباً من الفقه ذهب إلى نقد وتفنيد حجج مارشال في حكمه الشهير الذي أرسى قواعد الرقابة القضائية بأمريكا ، وأشار إلى أن (مارشال لم يستند إلى أية حجة قانونية مقنعة ، وأن حكمه ليس إلا نوعاً من الغصب تسورت به المحكمة العليا حدود اختصاصها وانتحلت به لنفسها سلطة لم يقررها لها الدستور) [2].

ومع ذلك فإن الفقه المصري المعارض للرقابة القضائية كان متأثراً بالفقه الفرنسي ، والحجج التي قيلت في هذا الشأن منها ما استند إليه الفقه الفرنسي وأخرى خاصة بمصر نوجزها في الآتي تباعاً:-

---

(1) وجدت في فرنسا بعض النصوص التي اعتبرت موانع قانونية تحول بين القضاء الفرنسي ورقابة دستورية القوانين، من ذلك القانون الصادر في ١٧٩٠/١٠/١٦، الذي نص في المادة رقم (١٠) منه على أنه (ليس للمحاكم بصفة مباشرة أو غير مباشرة أن تقوم بأي عمل من أعمال السلطة التشريعية، ولأن تمنع أو توقف تنفيذ القوانين)

والقانون الدستوري الصادر في ١٧٩١/٩/٢م الذي ينص على أنه (ليس للمحاكم أن تتدخل في أعمال السلطة التشريعية ولا أن تمنع أو توقف تنفيذ القوانين) وكذا المادة ١٢٧ من قانون العقوبات الفرنسي، التي تنص على معاقبة القضاء الذين يتدخلون في أعمال السلطة التشريعية، سواء بعمل لوائح تتضمن محتويات تشريعية أو بعدم تنفيذ القوانين أو بالتداول لمعرفة مإذا كانت القوانين تنشر أو تنفذ.

يراجع في هذا د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٧٥، د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، ط٤، مكتبة عبدالله وهبة، ص٢٣٣.

ويشير الدكتور وحيد رأفت في مؤلفه القانون الإداري، ١٩٣٨، ص٣٦٩، إلى تأكيد منع القضاء والمحاكم في مصر من بحث دستورية أي قانون يصدر عن السلطة التشريعية.

(2) أ.د. كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٨. أنظر إلى مراجعه *MacDonough*، مقاله بمجلة *American Law Review*، مجلد ٤٦ ص٤٥ بعنوان *Usurpation of power by the federal courts*.

١- الحجج التي استند إليها الفقه الفرنسي بمنع القضاء من الرقابة على دستورية القوانين:

يرى جانب من الفقه [١] أن جانبا من الفقه الفرنسي رفضت رقابة القضاء على دستورية القوانين يتزعمه الأستاذان : كاريه دي مالبرج وإيسمان، ويعتمدان على حجج منها ما هو تاريخي ومنها ما هو قانوني ومنها سياسي نوجزها باختصار [٢] في النقاط الآتية:-

أولا: الحجة التاريخية:

إن من دوافع قيام الثورة الفرنسية القضاء على مساوئ المحاكم السابقة على الثورة الفرنسية وكثرة تدخلها في أعمال السلطة التشريعية ، الأمر الذي دفع بقادة الثورة إلى وضع نصوص حاسمة تمنع المحاكم من التدخل في عمل السلطة التشريعية، منها نص المادتين ١١، ١٢ من العنوان الثاني من المرسوم الصادر بتاريخ ١٧٩٠/٨/١٦م والتي جاء فيها أنه "لا تساهم المحاكم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على أي نحو في ممارسة السلطة التشريعية أو تمنع أو توقف تنفيذ مراسيم الهيئة التشريعية التي يصدق عليها الملك وإلا تعرضت للعقاب" [٣].

ثانيا: الحجة القانونية:

ومردها إلى مبدأ الفصل بين السلطات ، ومن ثم لايجوز للمحاكم التدخل في القوانين الصادرة من السلطة التشريعية.

---

(1) يراجع : هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص٧١.

(2) في تفاصيل الحجج الرافضة للرقابة القضائية والرد عليها يراجع: د. عبدالعزيز محمد سالمان، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص٢٤.

(3) يراجع: هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص٧١. الدكتور/ عثمان خليل، القانون الدستوري، الكتاب الأول، مطبعة مصر، ١٩٥٦م، ص٤٢. يشير إلى أن رجال الثورة الفرنسية خافوا من تصدي القضاء بوجه القوانين الجديدة، وهذا ما دفعهم لإصدار تشريعات تمنع القضاء من رقابة دستورية القوانين.

ثالثاً: الحجة السياسية:

ومردها أن البرلمان هو المعبر عن الإرادة العليا للأمة ، ولايتصور قيام رقابة قضائية على القانون الذي يعتبر مظهراً من مظاهر إرادة الأمة العليا، كما ظهر آنذاك مبدأ قداسة المجالس التشريعية وما يصدر عنها باعتبارها الممثل لإرادة الأمة [1] .

ومن الحجج السياسية التي يذكرها الفقيه كاريه دي مالبرج والفقيه جينز [2] أن رئيس الدولة إذا ما أصدر قانوناً فإنه يمتنع على المحاكم رقابته شكلياً وموضوعياً إذ أن الإصدار دليل على الصحة [3].

وفي مقام الرد على هذه الحجج يرى غالبية الفقه [4] أن الاعتبارات التاريخية قد عفى عليها دهر من الزمان ومن ثم لم يعد لها وجود، كما أن مبدأ الفصل بين السلطات هو حجة لصالح الرقابة لا عليها إذ لا يمكن إجبار القاضي على مسايرة المشرع في مخالفته للدستور، كما أن الدستور هو المعبر عن إرادة الأمة وليس البرلمان الذي يستمد سلطانه من الدستور ذاته، علاوة على أن البرلمانات المنتخبة قد تشكل من أسوأ العناصر، ويدلل على ذلك بما يذكره

---

(1) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص٣٦. أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ص١٤٤.

(2) يراجع في آرائهم، د. سعد عصفور، القانون الدستوري، دار المعارف الإسكندرية، ١٩٥٤، ص١٦٦. د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص٧٢.

(3) يشير الدكتور السيد صبري، مرجع سابق، إلى أن الفقه المعارض لحق الرقابة هم (إسمان، كاردين ملبرج، لارفور)، ص٢٣٣. الفقيه العميد هوريو وازن بين أضرار الرقابة القضائية على دستورية القوانين ومخاطر تدخل القضاء في إلغاء التشريعات الصادرة من السلطة التشريعية وبين مخاطر انتهاك السلطة التشريعية لدستور البلاد ومحاولة تعطيله بإصدار قوانين مخالفة له، ورجح الأول باعتبار أهون الضررين، يراجع الدكتور عثمان خليل، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٣٨ هامش.

(4) يشير د. علي الباز، مرجع سابق، ص٢٤٦ ومابعدها إلى أن الفقهاء المؤديون للرقابة على دستورية القوانين منهم (هوريو وأندريه هوريو ودوجي، وبارتلمي، فسيستر، ورولان) أنظر: السيد صبري، مرجع سابق، ص٢٣٣.

الأستاذ "بارتملي" [١] من أن "بين أعضاء البرلمان الفرنسي من لا يصلحون للعمل في أي وظيفة من الوظائف في أصغر المقاطعات" [٢].

كما أن وجود الأحزاب وجماعات الضغط تسئ لعمل البرلمان في غالبية الأحيان، وإذا كان إصدار رئيس الدولة للقانون دليلاً على صحته فهذا الدليل قابل للمناقضة ، إذ أنه في حقيقته قرينة قابلة دائماً لإثبات العكس [٣].

والملاحظ أن غالبية الفقه الرافض لفكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين لا يرفضها سياسياً ، بمعنى أنه لايترك التشريع العادي هملاً دون أي رقابة دستورية عليه.

هذا ما يتعلق بالحجج التي ساقها الفقه الفرنسي الرافض لمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين، أما الأسانيد والحجج التي تخص مصر فنوجزها في الآتي:-

٢- الحجج التي إستند إليها الفقه في مصر بمنع القضاء من الرقابة على دستورية القوانين:-

اعتمد جانب [٤] من الفقهاء الرافضين للرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر على الحجج التالية:-

أ - نصت المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية المعدلة بالمرسوم ٩٠ لسنة ١٩٣٧م والتي تقابل المادة (١٨) من القانون رقم ٢٧ لسنة

---

(1) يراجع د. عبدالحميد متولي، مشكلة إصلاح نظام الانتخابات في مصر، مطبعة دار النشر الثقافية، ١٩٤٨، ص٢٢. د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص٣٨.

(2) المرجع السابق، ص٢٨.

(3) المرجع السابق، ص٧٢.

(4) أنظر في تفاصيل الخلاف بين الفقهاء. د. محمد كامل ليله، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، ١٩٧١م، ص١٥٩. د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورية، مرجع سابق، ص٥١٩. د.سعاد الشرقاوي ود. عبدالله ناصف، أسس القانون الدستوري وشرح النظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، ص١٧٨.

١٩٤٩م على منع المحاكم من تأويل الأمر الإداري أو إيقاف تنفيذه ، [١] فمنع المحاكم من تأويل الأوامر الإدارية أو وقف تنفيذها لا يتصور منطقياً مع إمكان تقرير هذا الحق بالنسبة للقوانين التي هي أسمى مرتبة من الأوامر الإدارية ، [٢] وقد رد الفقهاء على هذه الحجة وتم تفنيدها بالحجج التالية:-

١- أنه لو صح الاستناد إلى المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم لمنع الرقابة على القوانين بحجة كونها أسمى من الأمر الإداري فإن المنطق يحتم أيضاً منع القضاء من مراقبة قانونية اللوائح استناداً إلى الحجة نفسها ، وهو ما لا يتبعه الفقه والقضاء ، إذ أجمعا على أن للمحاكم حق بحث قانونية اللوائح [٣]، واللائحة

---

[1] تنص المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على أنه "ليس لهذه المحاكم أن تحكم فيما يتعلق بالأملاك العمومية من حيث الملكية ولا أن تؤول أمر يتعلق بالإدارة ولا أن توقف تنفيذه..." وقد عدلت هذه المادة فيما بعد بالمرسوم بقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٣٧م وأصبح نصها كما يلي: "ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة، على أن تلك المحاكم- دون أن يكون لها تأويل عمل إداري أو إيقاف تنفيذه- تختص: ١-.... ٢- بدعاوى المسئولية المدينة المرفوعة على الحكومة بسبب إجراءات إدارية وقعت مخالفة للقانون ١١ وقد عدلت أخيراً بالمادة (١٦) من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥م التي تقضي بأنه "ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة، ولها دون أن تؤول الأمر الإداري أو توقف تنفيذه، أن تفصل: ١- في المنازعات المدنية التجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة بشأن عقار أو منقول عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك. ٢- في كل المسائل الأخرى التي يخولها القانون حق النظر فيها".

[2] أنظر في هذا: د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٧٤. د. عبدالعزيز محمد سالمان، مجلة الدستور، العدد١، السنة١، يناير ٢٠٠٣م، ص٥١ مقالة سابقة، د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٠٤ وما بعدها.

[3] د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٧٥. د. عبدالعزيز محمد سالمان، مجلة الدستورية، مرجع سابق، ص٥١. د. عثمان خليل عثمان، مبادئ القانون الدستوري، ١٩٥٥م، ص٤٥. كما علق على هذه الحجة الدكتور عبدالحميد متولي (بأنها ليست منسوبة لرجال الفقه وإنما قالها بعض المحامين في دفاع لهم في بعض القضايا ولم تأخذ المحكمة بحجتهم). د. عبدالحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٥٨١.

أسمى من الأمر الإداري، وانتهى هذا الرأي إلى أن المادة (١٨) لايمكن مطلقاً أن يستند إليها لمنع المحاكم المصرية من رقابة دستورية القوانين.

٢- أن المحاكم التي لا تؤول الأمر الإداري ولا توقف تنفيذه ، لها الحق في الحكم بالتعويض على ما يترتب على الأمر من أضرار، إن كان موضوعه مخالفاً للقانون، وفي هذا ضمان مهم للأفراد، أما إن منعنا المحاكم من مراقبة دستورية القوانين، فلن تستطيع الحكم بتعويض ما يترتب عليها من أضرار على النحو السابق، وبذلك ينهار هذا الضمان في حالة القوانين.

٣- إن أوامر الإدارة وإن كانت أقل مرتبة من القوانين إلا أنها تمتاز بصفة الاستعجال ولزوم الحزم في تنفيذها غالباً، ويقضي الصالح العام بضرورة هذا التنفيذ فوراً دون عرقلة القضاء لها، لذلك اقتضت طبيعة السلطة التنفيذية الخضوع لنظام التبعية الإدارية، وما تستتبعه من إطاعة أمر الرئيس دون الامتناع بحجة مخالفتها للقانون [١].

ب - كما أستند الرأي المعارض لفكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى أن المشرع منع القضاء من تولي الرقابة وذلك في المذكرة التفسيرية للمرسوم بقانون ٤٧ لسنة ١٩٣٤م بتعطيل بعض أحكام القانون ٢٦ لسنة ١٩١٢م الخاص بلائحة المحاماة أمام المحاكم الأهلية، فقد ورد فيها أن "جماعة من المحامين اجتمعوا بوصف أنهم جمعية عمومية، وزعموا لأنفسهم حق البحث في دستورية القوانين، في حين لا تملك ذلك أية هيئة قضائية "[٢]، وقد رد على هذه الحجة بأن الاستناد إلى المذكرة التفسيرية غير مفيد لأن ما جاء بهذه المذكرة ليست له أية قيمة قانونية ملزمة للمحاكم [٣].

---

(1) د. عبدالعزيز محمد سالمان، مقالة بعنوان التطور التاريخي لمبدأ رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥١.

(2) د. عبدالعزيز محمد سالمان، المرجع السابق، ص٥١. د. رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص٢٧٤. د. وايت إبراهيم، ود. وحيد رأفت، مرجع سابق، ص١٥.

(3) د. عبدالحميد متولي، مرجع سابق، ١٩٦٦، ص٢١٥-٥٨٩. د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٧٥، د.عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص٥١.

جـ - إن القضاة المصريين مازالوا خاضعين للسلطة التنفيذية في تعيينهم وتأديبهم، وأنهم لم يصلوا بعد إلى درجة من الاستقلال تكفي لأن يقوموا بمهمة الرقابة على دستورية القوانين ، (١) كما أن القضاة ليسوا ممثلين للأمة ، فلا يمكن أن يكونوا رقباء على ممثلي الأمة (٢)، وقد رد على ماسلف أن قيام السلطة التنفيذية بتعيين القضاة لا ينال من استقلال السلطة القضائية، ذلك أن (التجربة قد دلت في كثير من البلاد على أن العبرة في استقلال القضاة ليست بطريقة اختيارهم، ولابنصيب السلطة التنفيذية من المشاركة في هذا الاختيار، وإنما بمدى قدرة تلك السلطة على التدخل في شئونهم بعد تعيينهم، فإذا امتنع هذا التدخل لم يكن لطريقة التعيين أثر يذكر على مدى استقلال القضاء)(٣).

د - أخيراً لقد استقرت المحاكم الفرنسية والفقه هناك على أن القضاء الفرنسي ليس له حق الرقابة على دستورية القوانين استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات، باعتبار أن وظيفة القضاء هي تطبيق القوانين وليس الحكم عليها (٤) حتى لو خالف الدستور بحسبان أن وزر المخالفة حينئذ يقع على

---

(1) د. وحيد رأفت، ود. وايت إبراهيم، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٤-١٥. د.رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٧٥. د.عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص٥١.

(2) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٣٤.

(3) أ.د. كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٥٦٣. ورددها منه د.رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص٢٧٦. د. هشام محمد فوزي،المرجع السابق، ص١٣٥. د.عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص٥١.والواقع يشير الى ان هذه النتيجة متعلقة بدراسة واقع القضاء في الولايات المتحدة الامريكية حيث توجد عدة ضمانات اهمها التداول السلمي للسلطة التنفيذية وهو الامر الجوهري الذي يمنع تدخل السلطة التنفيذية في اعمال السلطة القضائية اما في ظل غياب التداول السلمي فإن الطغيان سمة الانظمة والتي تحاول النيل من استقلال القضاء وتضعف دورة بوسائل عدة بل قد تستخدمة كسلاح في مواجهة الخصوم السياسيين .

(4) د. رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص٢٧٤. د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، ص٦٥٠. د. وحيد رأفت، ود. وايت إبراهيم، المرجع السابق، ص١٤. د. هشام محمد فوزي، المرجع السابق، ص١٣٤.

المشرع ، وأن امتناع القاضي عن تطبيق القانون غير الدستوري يعد تعدياً على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على أعمالها توصلاً إلى إهدارها ، وأنه لو جاز للقضاء التعقيب على عمل السلطة التشريعية لجاز للسلطة التنفيذية التعقيب على عمل السلطة القضائية بأن تمتنع عن تنفيذ الأحكام التي ترى فيها مجافاة للعدالة أو مخالفة للدستور كما تفهمه هي.

وقد رد على ما سلف أن الاستناد إلى رأي الفقه والقضاء في فرنسا والقائم على تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات للقول بعدم جواز الرقابة في مصر هو قياس مع الفارق[١] لاختلاف النصوص واختلاف الظروف.

فالنصوص التي جعلت القضاء الفرنسي وبعض الفقهاء الفرنسيين يمنعون المحاكم من القيام بالرقابة على دستورية القوانين لا وجود لها في القوانين المصرية، كما أن دور القاضي إذا كان تطبيق القانون فإن القانون لا بد وأن يفهم بمعناه الواسع والذي يشمل القانون الأعلى وهو الدستور، ومن ثم فطرح القانون احتراماً للدستور ليس تدخلاً في اختصاص السلطة التشريعية وإنما ممارسة طبيعية للاختصاص القضائي ، إذ أن القضاء لا يلغي القانون وإنما يستبعده من التطبيق [٢] ويطبق القاعدة القانونية الأعلى منه في المرتبة.

ثانياً: الاتجاه المؤيد للرقابة القضائية:

أمام عدم التسليم بالحجج التي ساقها اصحاب الإتجاه الفقهي الرافض للرقابة القضائية ، وبالإضافة إلى ما سقناه من تفنيد الفقه للحجج السالفة ترجح رأي الفقه [٣] الذي أدلى بحجج تؤكد حق المحاكم في ممارسة الرقابة على

([1]) د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٧٦. د.السيد صبري، مرجع سابق، ص٦٥٠. د.عبدالحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ص٢٠٥-٢١٥.

([2]) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٣٥.

([3]) أنظر في أراء الفقهاء المؤيدون لرقابة القضاء. د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، ط٤، مكتبة عبدالله وهبة، ١٩٤٩، ص٦٤٦. د.عبدالحميد متولي، الوسيط، المرجع السابق، ص٥٧٨. د.رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٧٦. د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٣٣. د.عبدالعزيز محمد سالمان، التطور التاريخي لمبدأ رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥١.

دستورية القوانين ، أهمها إعمال وإقرار مبدأ المشروعية ، فالدولة عند قيامها بوضع القوانين والأوامر إنما تتبع قواعد معينة محددة تنص عليها الدساتير عادة، وهي بذلك مقيدة بحدود مرسومة لها، لا يجوز شرعاً الخروج عليها، ولذا فإن الرقابة على تصرفات الحكام تعد أهم القواعد الأساسية في حكومة قانونية، ولا بد في كل حكومة شرعية من خضوع السلطات الحاكمة بأسرها لمبدأ شرعية تصرفاتهم، سواء كانت هذه التصرفات قوانين أو لوائح أو قرارات فردية (١).

ومن هنا تبدو ضرورة وجود رقابة قانونية قوية على تصرفاتهم ، فالحكومة لا يمكن أن تكون شرعية إلا إذا كانت تصرفاتها في حدود القانون، أما إذا كانت الحكومة تستطيع التصرف خارج حدود القانون المرسومة، فإنها لا تكون شرعية بل تصبح حكومة استبداد (٢).

ويتفرع عن ماسقناه أن تخضع جميع السلطات داخل الدولة للدستور، فإذا خالفته السلطة التشريعية فلا يمكن إجبار القضاء على السير في هذه المخالفة ومن ثم يحق له القضاء بعدم دستورية القانون (٣)، وتطبيق القانون الأسمى وهو القانون الأساسي للدولة، ولذا فالقاضي مقيد في حكمه بقوانين البلاد العادية كما هو مقيد بالدستور، ويكون من صميم عمل القاضي أن يطبق القانون الأعلى مرتبة عند تعارضه مع قانون أدنى (٤).

---

(1) أنظر في هذه الحجة، د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٦٤٨. د.محمد كامل مرسي والسعيد مصطفى السعيد، قانون العقوبات، القاهرة، ١٩٤٦م، ج١، ص١٠٧. د.رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٧٧. د.عبدالعزيز محمد سالمان، التطور التاريخي، مرجع سابق، ص٥١.

(2) د. عبدالعزيز محمد سالمان، المرجع السابق، ص٥١. د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٣٣.

(3) د. هشام محمد فوزي ، مرجع سابق، ص١٣٤. المستشار السيد علي السيد، مقالة بعنوان (رقابة القضاء لدستورية القوانين)، مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، يناير ١٩٥٠، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ص٧٢.

(4) د. عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص٥١. د. رمزي الشاعرمرجع سابق، ص٢٧٦.

كما أن القول بأن للقضاء الحق في رقابة دستورية القوانين هو الذي يتفق والتفسير السليم لمبدأ الفصل بين السلطات [١]، وذلك أن السلطتين التشريعية والقضائية قد أوجدتهما سلطة تأسيسية أعلى منها، ولا يجوز لأي منهما أن تأتي عملاً يتعارض مع إرادة هذه السلطة، فإذا ما اعتدت السلطة التشريعية على إرادة السلطة التأسيسية الواضحة من نصوص الدستور فليس لها أن تجبر السلطة القضائية على الاشتراك معها في هذا الاعتداء [٢]، وهذا الرأي يتفق تماماً مع مبدأ فصل السلطات إذ أن السلطة التشريعية والسلطة القضائية منفصلتان وكل واحدة مستقلة عن الأخرى [٣].

كانت هذه الأسانيد أهم الحجج التي رسخ بها رجال الفقه مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين بمصر، ومن خلال هذه الآراء والأفكار تبنى القضاء المصري مبدأ الرقابة على دستورية القوانين قبل إقرارها دستورياً أو قانونياً.

ودور الفقه في إقرار حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين ليس بخاف حتى في الدول التي كان لها السبق في إقرار الرقابة القضائية، ولذا يؤكد جانب من الفقه أن (الرقابة على دستورية القوانين وجدت قبل وجود القضاء الدستوري)[٤] مشيراً إلى دور الفقيه (هانز كلسن) في ترسيخ فكرة تدرج القواعد القانونية وتوالدها من بعضها، وإن كل درجة قانونية مرتبطة بالدرجة التي تعلوها باعتبارها نتاجاً لها ، وبالدرجة التي تدنوها باعتبارها منتجة لها [٥]، وهذه الفكرة هي أساس الرقابة على دستورية القوانين التي اعتمد عليها القضاء في إقرار حق الرقابة على دستورية القوانين.

---

(1) د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٧٧. د.السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٦٤٩. د.عبدالحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، مرجع سابق، ص٢٠٨. د.عبدالعزيز سالمان، المرجع السابق، ص٥١.

(2) د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، ص٢٧٧.

(3) د. عبدالعزيز محمد سالمان، التطور التاريخي، مرجع سابق، ص٥٢.

(4) أ.د يحيى الجمل، مقالة بعنوان (الأب الروحي للقضاء الدستوري، هانز كلسن) مجلة الدستورية، العدد الأول، السنة الأولى، يناير ٢٠٠٣، ص٥٤.

(5) المرجع السابق، ص٥٥.

وإذا كان القضاء قد ظل يراوح في البلاد المختلفة [١] بين اتجاهين: اتجاه يرفض الحق في رقابة الدستورية ، وآخر يرى أن القاضي ملزم بتطبيق القواعد القانونية الأعلى فالأدنى، فإن مرد ذلك إلى وجود هذين الاتجاهين داخل رجال الفقه [٢] مع تغليب الاتجاه الذي يقر مبدأ الرقابة على دستورية القوانين، وهو ما استقرت عليه معظم الدول التي أخذت بالرقابة على دستورية القوانين قضائياً.

وبهذا ننهي حديثنا عن دور الفقه في الرقابة على دستورية القوانين ، ونأتي للحديث عن دور القضاء في إقرار الرقابة على دستورية القوانين.

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٥٤.

(2) يرى الأستاذ الدكتور/ أحمد كمال أبو المجد، أن الأسانيد التي شاد عليها مارشال حكمه كانت متداولة في الفقه الأمريكي، وأن الفقيه والسياسي الشهير (هاملتون) قد فصل في كتابة الفدرالست الحجج التي استند إليها مارشال من بعد في قضية ماربوري. د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٠. كما يشير الدكتور/ عبدالعزيز محمد سالمان، أن الآراء والأفكار التي مهدت للرقابة من أهمها أراء اللورد "*Coke*" والتي مهدت لتقرير الرقابة على دستورية القوانين، وكذا الفقيه "*James*" و"*Patrick Henery*" وغيرهم الذي أثرت أفكارهم في إقرار مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين. د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٧٠.

الفرع الثاني

دور القضاء في نشأة الرقابة على دستورية القوانين

ظهرت النظم الدستورية في مصر في وقت مبكر جداً مقارنة بمعظم الدول العربية، فقد صدر دستور عام ١٩٢٣م ونظم المؤسسات الدستورية [1] ووزع السلطات المختلفة (التنفيذية والتشريعية والقضائية) إلا أنه لم يرد- في هذا الدستور ولا تعديلاته ولا حتى دساتير مابعد ثورة يوليو ١٩٥٢م- أي نص يتعرض لموضوع رقابة دستورية القوانين ، واستمر الوضع كذلك حتى سبتمبر ١٩٦٩م ، حيث صدر قرار بقانون يقضي بإنشاء المحكمة العليا [2] ، ونظم في أحكامه حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين.

وخلال الفترة التاريخية الواقعة ما بين صدور دستور ١٩٢٣م ، إلى ١٩٦٩م ظل القضاء متردداً بشأن إقرار حق الرقابة على دستورية القوانين ، وهذا ما نبينة باستعراض السوابق القضائية التي تصدت للرقابة سواء في القضاء العادي أو الإداري ، وذلك بعد إنشاء مجلس الدولة عام ١٩٤٦م على النحو التالي:-

---

(1) يراجع: د.ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٣٨.

ويشير جانب من الفقه ان أول دستور للبلاد المصرية عرف (بقانون السياستنامه) الصادر في يوليو ١٨٣٧م والذي نظم بعض الحقوق والحريات ثم دستور ١٨٧٩ في عهد الخديوي إسماعيل وسقط بخلع إسماعيل من العرش بتدخل أوروبي ثم كان هناك مشروع دستور متكامل قدم في ١٨٨٢/١/٢م للمجلس النيابي. يراجع د.عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص٤٩.

(2) القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بشأن إنشاء المحكمة العليا. صدر في سبتمبر ونص على تنظيم الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

أولاً: دور القضاء العادي (قبل إنشاء مجلس الدولة):-

يرى جانب من الفقه [1] أن أول مرة أثير فيها موضوع الرقابة على دستورية القوانين لدى القضاء المصري كانت عام ١٩٢٤م عقب العمل بدستور ١٩٢٣م أمام محكمة جنايات الإسكندرية ، والذي دفع أمامها بعدم دستورية القانون رقم ٣٧ لسنة١٩٢٣م، والذي أضاف فقرتين إلى المادة (١٥١) من قانون العقوبات ،على أساس أن هذا التعديل يخالف نص المادتين(١٤، ١٦) من دستور ١٩٢٣م [2]، وإن كانت المحكمة رفضت الطعن والدفع بعدم الدستورية اعتماداً على أن القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٢٣م لا يتعارض مع أحكام الدستور، وأيدتها في ذلك محكمة النقض ،إلا أن جانباً من الفقه يرى وبحق أن هذا الحكم المبكر قد أقر حق القضاء المصري في رقابة دستورية القوانين (إذ ليس معنى ممارسة الحق أن

---

(1) يراجع أ.د.يحيى الجمل، القضاء الدستوري ، مرجع سابق ، ص٩٨.
- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، دار التيسير، القاهرة، ٢٠٠٤م، هامش ص٢٧٨.
- علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، القاهرة، ١٩٣٧م، ج١، ص١١٥.
- د. عثمان خليل عثمان، النظام الدستوري المصري، القاهرة، ١٩٤٢م، ص٩٢.
- هشام محمد فوزي عبدالفتاح، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، مرجع سابق، ص١٣٦.
- عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٨٥.

(2) تتمثل وقائع الدعوة المرفوعة عن النيابة العمومية سنة ١٩٢٤م ضد محمود حسن العرابي وانطون مارون وآخرين بأنهم قاموا في الإسكندرية وطنطا وغيرها من بلاد القطر المصري بنشر أفكار ثورية سعوا فيها إلى تغيير نظام الحكم الأساسية للهيئة الاجتماعية للبلاد عن طريق توزيع نشرات وكتابة مقالات تتضمن أفكاراً شيوعية... وصدر الحكم بتاريخ ١٩٢٤/١٠/١٦م بإدانة المتهمين وفقاً للمادة (٥١) الفقرة (٢، ٣) من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٢٣م وطعن في الحكم أمام محكمة النقض وتضمن الطعن الدفع بعدم دستورية الفقرتين المشار إليهما اعتماداً على أنهما قيدتا حرية الرأي المكفولة بنص المادة (١٤) من الدستور وكذا المادة (١٦٤) التي تقرر قاعدة عدم مخالفة ما يوضع من الأحكام للمبادئ الأساسية المقررة بالدستور- وجاء في حيثيات حكم محكمة النقض المؤيد لحكم محكمة جنايات الإسكندرية أن (القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٢٣م المعدل للمادة (١٥١) عقوبات قد صدر من الجهة التي لها ولاية التشريع وقت صدوره... كما أن المادة (١٥١) لاتخالف الدستور لأن حرية الرأي المكفولة بالدستور يجب أن تكون في حدود القانون كما نصت المادة (١٤) من الدستور).
أحكام النقض صادر بتاريخ ٤ يناير ١٩٢٦، المجموعة الرسمية سنة ٣٧ رقم ٦٣، ص٩٦.

يصدر حكم بالامتناع فعلاً عن تطبيق القانون لعدم دستوريته وإنما الحق يقوم إذا تصدى القضاء فعلاً لبحث دستورية القانون سواء انتهى إلى الإقرار بدستوريته أو عدم دستوريته) (١).

وهذا ما يخالف مسلك القضاء الفرنسي الذي يرفض مناقشة الموضوع أصلاً ولا يتعرض للبحث في مدى مطابقة القانون من عدمه للدستور، الأمر الذي يؤكد أن القضاء المصري كان له دورٌ واضحٌ في تأسيس الرقابة القضائية على دستورية القوانين وفي وقت مبكر، وإذا كان الحكم سالف الذكر قد اختلف الفقه بشأن إقراره لمبدأ مراقبة القضاء لدستورية القوانين فإن الحكم الصادر من محكمة مصر الابتدائية الأهلية في أول مايو ١٩٤١م(*) قد قرر صراحة حق القضاء

(١) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص٩٩.

(*) جاء في حيثيات هذا الحكم: "وحيث أن الآراء تضاربت فيما إذا كان للمحاكم الحق في بحث دستورية القوانين أو أنها ممنوعة من ذلك والقائلون بالمنع يزعمون أن الإباحة تجعل السلطة القضائية مهيمنة على السلطة التشريعية ورقيبة على أعمالها ويستندون في تدعيم رأيهم هذا على المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التي تمنع المحاكم من تأويل الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذها... وحيث أن النظام الدستوري يقوم على مبدأ فصل السلطات الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية عن بعضها واستقلال كل منها عن الأخرى فلكل واحدة منها تمام السيادة في حدود اختصاصها إلا أنها جميعاً مقيدة بالدستور الذي أوجدها ومنه تستمد سلطاتها وليس لها أن تخرج عليه أو أن تعارضه طبقاً للمادة ٢٣ في الدستور التي تنص على أن (جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور) فإذا اعتدت السلطة التشريعية على أحكامه فليس لها أن تجبر السلطة القضائية على الاشتراك معها في هذا الاعتداء مادامت هذه بدورها مستقلة في حدود اختصاصها، والقاضي مختص بإيجاد الحل القانوني للمنازعات المطروحة عليه وهو مقيد في حكمه بقوانين البلاد العادية كما أنه مقيد أيضاً بالقانون الأساسي للدولة وهو أسمى القوانين جميعاً، فإذا ما تعارض القانون العادي مع الدستور فواجب القاضي في هذه الحالة يقضي عليه بترجيح النص الدستوري على القانون العادي وتطبيق الأول وإهمال الثاني ولايخرج بذلك عن اختصاصه فهو لا يلغي القانون وإنما يطبق القانون الأعلى الواجب التطبيق ثم لايفتئت على السلطة التشريعية وإنما يقوم بوظيفته القانونية التي تتطلب منه أن يبين القانون الواجب التطبيق في النزاع المطروح أمامه) ويتبين مما تقدم أن مبدأ فصل السلطات لا يمنع المحاكم من بحث دستورية القوانين بل ربما كان الأخذ بهذا الرأي نتيجة حتمية وطبيعة منطقية كما قال بارتلمي- وبحق- لمبدأ فصل السلطات إذ يستحيل على السلطة القضائية أن تحافظ على استقلالها إلا إذا اقتنعت بأن القانون الذي ستطبقه هو قانون صحيح ومستوف لشرائط القانون الدستوري، وهو بذلك المونل الأكبر لضمان الحريات الشخصية...". أنظر مجلة المحاماة سنة ٢٢، رقم٣٤٨، ص٧٣٥ ومابعدها.

المصري في مراقبة دستورية القوانين [١] وإن كان هذا الحكم الرائد لم يكتب له الاستقرار بسبب إلغاء محكمة الاستئناف له وأخذها للرأي المخالف الذي يمنع القضاء من مراقبة دستورية القوانين استناداً لمبدأ الفصل بين السلطات - وفقاً للمفهوم السائد في الفقه الفرنسي - وإلى بعض نصوص لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التي كان معمولاً بها آنذاك [٢]، إلا أنه مع ذلك يعتبر حكماً رائداً في مجال إقرار حق السلطة القضائية في الرقابة على دستورية القوانين.

٢- دور القضاء الإداري (بعد إنشاء مجلس الدولة):-

تم إنشاء مجلس الدولة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦م ، لكن هذا القانون كان وليداً لمقدمات تاريخية سعت لإنشاء قضاء إداري في مصر، من أهمها توقيع معاهدة (مونتريه) سنة ١٩٣٧م التي أدت إلى استكمال مصر لسيادتها القضائية[٣].

وبقيام مجلس الدولة تحقق له وظيفة مزدوجة، فإلى جانب كونه مرشدا للإدارة ومستشاراً لها في آداء وظيفتها في إطار القانون النافذ ، فهو رقيب على شرعية أداء الإدارة لوظيفتها بما يكون له من ولاية القضاء بإلغاء القرارات الإدارية المعيبة [٤].

وقد تطورت التنظيمات الصادرة بشأن مجلس الدولة منذ إنشائه [٥] إلا أن جميع تلك التنظيمات لم تتضمن اختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين ،

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص٩٩. أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٧٩. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٣٧. عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص٢٨٧.

(2) حكم محكمة الاستئناف الأهلي صادر بتاريخ ٣٠ مايو سنة١٩٤٣م في القضية رقم ٢٢٤ لسنة ٣٨ قضائية.

(3) أ.د. محمد فتحي نجيب، التنظيم القضائي المصري، دار الشروق، القاهرة، ط١، ٢٠٠٣م، ص١٢١.

(4) المرجع السابق، ص١٢١.

(5) منذ أن تقدمت الحكومة بمشروع لإنشاء مجلس الدولة في عام ١٩٤٥م صدر القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦م بإنشاء مجلس الدولة، ثم أعيد تنظيم مجلس الدولة بتشريعات لاحقة كان أهمها القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩م، والقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥م ثم القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩م ثم القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م.

وأكثر من ذلك كانت اختصاصات مجلس الدولة في شأن المنازعات الإدارية واردة في القانون على سبيل الحصر حتى صدور دستور سنة١٩٧١م [١] الذي جعل محاكم مجلس الدولة مختصة دون غيرها بالفصل في (سائر المنازعات الإدارية) [٢].

وفي ظل غياب تنظيم حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين يتضح لنا الدور الرائد والبناء الذي قام به القضاء الإداري متمثلاً في محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا، فإذا كانت السوابق القضائية التي قررت حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين الصادرة من القضاء العادي قد وصفت بالتردد [٣] وعدم الاستقرار [٤] فإن احداً من الفقه لا ينكر دور القضاء الإداري في حسم هذا الموضوع منذ أن أصدرت الدائرة الأولى لمحكمة القضاء الإداري في مجلس الدولة حكمها في القضية رقم (١٦٥) السنة الأولى قضائية بتاريخ ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨م [٥] الذي قرر بما لا يدع مجالاً للشك حق القضاء في مصر في رقابة دستورية القوانين ، وقد سندت المحكمة حكمها تسنيداً رائداً في هذا الموضوع الهام ، [٦] ووصف هذا الحكم الرائد بالشهير [٧] وإذا كان جانب

([1]) م. د. محمد فتحي نجيب، مرجع سابق، ص٤٩.

([2]) المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة رقم ٥٧ لسنة ١٩٧٢م.

([3]) أ.د.احمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٥٥٧. هشام محمد فوزي، مرجع سباق، ص١٣٨، حيث رفضت محكمة الجنايات المختلطة في ١٩٤٨/١٢/٩م الدفع بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم ١١٧ الصادر في ١٩٤٦/٨/١٤م المادة (٩٨) منه الفقرة (٣) وجاء في حيثيات حكم المحكمة أنها "لاتريد الدخول في النزاع القائم بين مصر وفرنسا حول حق القضاءفي بحث دستورية القوانين وأكدت على أن كل ما تملكه في هذا الشأن هو التحقق مما إذا كانت الشروط الشكلية لوجود القانون في ذاته قد توافرت من عدمه".

([4]) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص٩٩. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٣٩.

([5]) مجموعة أحكام مجلس الدولة، السنة الثانية، ١٩٥٠، ص٣١٥، رقم ٥٥ لسنة ١ق ونشر في مجلة التشريع والقضاء السنة الأولى، العدد١٤ بتاريخ ١ يونيو ١٩٤٩م.

([6]) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١٠٠.

([7]) أ.د. احمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٦٠٥. عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص٢٩٢. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٤٠.

من الفقه يعتبر هذا الحكم من حيث تأسيسه للرقابة القضائية على دستورية القوانين مقابل حكم المحكمة العليا الأمريكية برئاسة القاضي مارشال في قضية ماربروي ضد ماديسون [1] فإن جانباً أخر يؤكد أن هذا الحكم (ردد في تدليله نفس الحجج التي استند إليها مارشال لتبرير هذا النظام) [٢].

ونظراً لأهمية هذا الحكم ودوره في تأسيس الرقابة القضائية على دستورية القوانين فإننا نورد أهم الأسانيد التي أشار إليها في هذا الموضوع المتعلق بالطعن المقدم أمام المحكمة الإدارية في القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٤م الذي كان صدر في غيبة البرلمان، ودفع محامي الحكومة بأن المحاكم لا تملك التصدي لبحث دستورية القوانين وكان من نتيجة هذا الدفع أن تصدت المحكمة صراحة لهذه المسألة وحكمت في ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨م بحق المحاكم في مراقبة دستورية القوانين من الناحيتين الشكلية والموضوعية، [٣] وعززت محكمة

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١٠٠.

(2) أ.د. احمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٥٥٧.

(3) جاء في حيثيات حكم المحكمة أنه: "ومن حيث ان محامي الحكومة دفع بأن المحاكم لاتملك التصدي لبحث دستورية القوانين موضوعاً وكل ما تستطيعه هو التحقق من توافر الأركان الشكلية للقانون فإن ظهر أنها متوافرة فيه فقد امتنع عليها البحث في دستوريته موضوعاً من حيث مطابقته للمبادئ المقررة في الدستور وذلك إعمالاً لمبدأ فصل السلطات الذي يقوم على استقلال كل سلطة عن الأخرى في عملها ووجوب عدم التدخل فيه أو تعطيله، وبناء على ذلك فإن المرسوم بقانون الذي يصدر بالتطبيق للمادة ٤١ من الدستور مستوفياً الأوضاع الشكلية التي تنص عليها بأن يصدر في غيبة البرلمان فيما بين دوري انعقاده ممهوراً بتوقيع الملك والوزراء المختصين يكون بمثابة القانون الذي لايجوز البحث في دستوريته موضوعاً، ومن حيث أنه ليس في القانون مايمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين أو المراسيم بقوانين سواء من ناحية الشكل أو الموضوع، أما القول بأن هذا التصدي إهداراً لمبدأ فصل السلطات بتدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية بما يعطل تنفيذه، فإنه يقوم على حجة داحضة إذ على العكس من ذلك فإن في التصدي إعمالاً لهذا المبدأ ووضعاً للأمور في نصابها الدستوري الصحيح بما يؤكده ويثبته. ذلك لأن الدستور المصري وإن قرر المبدأ المذكور ضمناً حين حدد لكل سلطة من السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية المجال الذي تعمل طيه عندما نص في المادة ٢٣ على أن جميع السلطات =

= مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور وفي المادة ٢٤ منه على أن السلطة التشريعية يتولاها الملك مع مجلس الشيوخ والنواب وفي المادة ٢٩ منه على أن السلطة التنفيذية يتولاها الملك في حدود الدستور، وفي المادة ٣٠ منه على السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها- إن الدستوري المصري إذ قرر مبدأ الفصل دون أن يصرح به فقد قرنه بمبدأ آخر أكده ضمناً وجعله متلازماً معه حين قرر في المادة ٢٣ أن استعمال السلطات يكون على الوجه المبين بالدستور، وبذلك جعل استعمال السلطات لوظائفها ينتظمه دائماً تعاون متبادل بينهما على أساس احترام كل منها للمبادئ التي قررها الدستور فالمبدآن متلازمان يسيران جنباً إلى جنب ويكمل أحدهما الآخر وبغير ذلك لاتنتظم الحياة الدستورية، لأنه إذا أهدرت إحدى السلطات أي مبدأ من مبادئ الدستوري فإنها تكون قد خرجت عن دائرة المجال المحدد لاستعمال سلطاتها وإذا جاز لها أن تتخذ من فصل السلطات علة تتذرع بها في إهدارها للدستور لانتهى الأمر إلى فوضى لاضابط لها مما يقطع بأن التزام كل سلطة من تلك السلطات مبادئ الدستور هو خير الضمانات لإعمال مبدأ فصل السلطات بل ولتدعيم البنيان الدستوري جميعه.

ومن حيث أنه بعد إذ تحدد معنى مبدأ فصل السلطات بحسب روح الدستور أخذاً من دلالة المقابلة بين نصوصه وتفهم مراميها يتعين بعد ذلك تحديد وظيفة المحاكم إذاء تعارض قانون من القوانين العادية مع الدستور نصاً أو روحاً وما الذي ينبغي على المحاكم حينئذ عمله وما تكييف عملها في هذه الحالة..

ومن حيث أن الدستور المصري إذ قرر في المادة ٣٠ منه أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم قد ناط بها تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من شتى المنازعات، ويتفرع عن ذلك أنها تملك الفصل عند تعارض القوانين في أيها هو الواجب التطبيق إذ لايعدو أن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية مما يتولد من المنازعة فتشملها سلطة المحكمة في التقدير وفي الفصل لأن قاضي الأصل قاضي الفرع...

ويستتبع ذلك أنه إذا تعارض قانون عادي مع الدستور في منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم وقامت بذلك لديها صعوبة مثارها أي القانونين هو الأجدر بالتطبيق وجب عليها وظيفتها القضائية بناء على ما تقدم أن تتصدى لهذه الصعوبة وأن يتعين عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الأعلى الأجدر بالاتباع...).

القضاء الإداري هذا الحكم مرة ثانية بالحكم الصادر في ٢١ يونيه ١٩٥٢م [1] وكذا الحكم الصادر بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٢م [2] في القضية رقم (١٠٩٠) والقضية رقم (٥٦٨) والذي ساقت فيهما الحيثيات المذكورة في الحكم الشهير سابق الذكر، ومنذ ذلك التاريخ توالت أحكام القضاء الإداري المصري التي تقضي بأحقية القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، [3] ولم يقتصر الأمر في هذه الأحكام على مجرد التأصيل النظري لمبدأ رقابة دستورية القوانين، بل أعملت هذا الحق واستبعدت تطبيق تشريعات لعدم دستوريتها، [4] وقد امتد هذا المبدأ إلى القضاء العادي الذي أعمل رقابته على دستورية القوانين في أحكام

---

(1) الحكم الصادر بتاريخ ٢١ يونيه ١٩٥٢م في القضية رقم ١٠٩٠ السنة ٣ق.

(2) الحكم بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٢م في القضية رقم ٥٦٨ للسنة الثالثة ق. المجموعة السادسة ص١٢٦٦.

الحكمان منشوران في المجموعة السادسة لأحكام محكمة القضاء الإداري ص١٢٦٦، ص١٣٧٥.

(3) من أحكام محكمة القضاء الإداري، الحكم الصادر في ٢٠ مايو ١٩٥٦، مجموعة السنة العاشرة، ص٣٣٤- الحكم الصادر في ١١ نوفمبر ١٩٥٦م، مجموعة السنة الحادية عشر، ص١٥- الحكم الصادر في ٣٠ يناير ١٩٥٧م، مجموعة السنة الحادية عشر، ص١٩٠- الحكم الصادر في ٤ يونيو ١٩٥٧م، مجموعة السنة الحادية عشر، ص٥٠١- الحكم الصادر في ٢٥ يونيه ١٩٥٧م، مجموعة السنة الحادية عشر، ص٥٩٠.

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا، الحكم الصادر في ٢٧ إبريل ١٩٥٧م، مجموعة السنة الثانية، ص٩٧٥- الحكم الصادر في ٨ يونيه ١٩٥٧م، مجموعة السنة الثانية، ص١١١٥- الحكم الصادر في ٢٩ يونيو سنة ١٩٥٧م، مجموعة السنة الثانية، ص١٣٣٥- الحكم الصادر في ١٣ يوليو ١٩٥٨م، مجموعة السنة الثالثة، ص١٦٩١- الحكم الصادر في ٢٦ إبريل ١٩٦٠م، مجموعة السنة الخامسة، ص٦٩٩- الحكم الصادر في ٢ يناير ١٩٦٤م، والحكم الصادر في ٨ فبراير ١٩٦٤م، الحكم الصادر في ١٤ يونيه ١٩٦٤م، الحكم الصادر في ٢١ يونيو ١٩٦٤م والحكم الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٦٤م، والحكم الصادر في ٢١ ديسمبر ١٩٦٤م (من مجموعة سمير أبو شادي)، ج١، ص٦٤٦ وما بعدها.

(4) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٨٤.

عدة [١] كان أهمها الحكم الصادر من محكمة النقض المصرية بتاريخ ٧ فبراير ١٩٥٢م والذي قررت فيه لأول مرة الرقابة على دستورية القوانين ، وذلك حين امتنعت عن تطبيق قانون الإجراءات الجنائية نظراً لخروجه على قاعدة عدم رجعية قوانين العقوبات المقررة في دستور ١٩٢٣م ، ومن الملاحظ أن المحاكم العادية سارت على هذه الاتجاه في قضائها وأعطت لنفسها الحق في فحص دستورية القوانين المتعلقة بموضوع النزاع متى طلب منها الخصوم ذلك، وإن كانت رقابتها انحصرت في رقابة الامتناع عن تطبيق القانون متى رأت أن فيه خروجاً ومخالفة صريحة للدستور.

ويتضح مماسبق أن الرقابة على دستورية القوانين قد تميزت في هذه المرحلة بسمات من أهمها أن الرقابة لم تكن مقصورة على جهة قضائية معينة [٢] بل كانت موكولة إلى جميع أنواع المحاكم سواء الإدارية بأنواعها أو المحاكم العادية على اختلاف درجاتها، كما أن سلطات القاضي في هذه الحالة تتمثل في مجرد إهمال القانون غير الدستوري والامتناع عن تطبيقه في القضية المعروضة عليه ،[٣] ويترتب على هذا نتائج بالغة الأهمية من أهمها إمكان اختلاف الأحكام الصادرة من القضاء في شأن دستورية القانون بحسب اجتهاد القاضي.

كما أن القضاء الإداري في هذه المرحلة قد قرر بعض المبادئ التي استخلصها جانب من الفقه [٤] من تتبع أحكام القضاء بشأن دستورية القوانين ويمكن إيجازها بالتالي:-

(١- قررت محكمة القضاء الإداري أن المنع من سماع الدعوى في أي تصرف أو قرار صدر عن سلطة معينة [٥] على هذا النحو الشامل

([1]) من هذه الأحكام حكم محكمة النقض الصادر ٧ فبراير ١٩٥٢م، مجموعة أحكام محكمة النقض الجنائية، السنة الثالثة، العدد الثاني، ص٤٨١، وحكم محكمة القاهرة الابتدائية في ٢٨ يونيو ١٩٥٣م، مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة، ص١٠- وحكم محكمة النقض الدائرة الجنائية الصادر في ٦ مارس ١٩٥٦م، مجموعة أحكام النقض الجنائية، السنة السابعة، ص٢٩٧.

([2]) د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٨٤.

([3]) المرجع السابق، ص٢٨٥.

([4]) أ.د. احمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، ص٦٠٧ وما بعدها.

([5]) وهي السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية.

المطلق هو إعفاء لهذه السلطة من أية مسئولية تترتب على تصرفاتها، حتى تلك المخالفة لقانون "الأحكام العرفية"، وإعفاء سلطة عامة إعفاء مطلقاً شاملاً من كل مسئولية تحققت فعلاً في جانبها، وحرمان الناس حرماناً مطلقاً من اللجوء للقضاء بأية وسيلة من شأنه الإخلال بحقوق الناس في الحرية، وفي المساواة في التكاليف والواجبات ، وهي حقوق طبيعية قد كفلها لهم الدستور [1].

٢- إن رقابة القضاء هي دون غيرها الرقابة الفعالة التي تكفل للناس حقوقهم وحرياتهم العامة... وبها يبقى النظام في حدوده الدستورية المشروعة، وكل نظام أرسى الدستور أساسه ووضع القانون قواعده - مهما يكون نظاماً استثنائياً لمبدأ سيادة القانون- هو نظام يخضع بطبيعته لرقابة القضاء [2].

٣- إعمالاً للأصلين السابقين ومتابعة لاتجاهها عادت المحكمة فقررت أنه "لوصح في الجدل أن المرسوم بقانون (١٨١) لسنة ١٩٦٢- وهو المرسوم الخاص بالتطهير وبجواز فصل الموظفين في أحوال خاصة بغير الطريق التأديبي- قد استهدف منع التقاضي إطلاقاً ، سواء بالنسبة لطلبات الإلغاء أو التعويض لأضحى قانوناً غير دستوري، وجاز للمحاكم الامتناع عن تطبيقه فيما جاوز الحدود الدستورية [3]) [4].

---

(1) الحكمان الصادران في ٣١ يونيو ١٩٥٢م القضية رقم ٥٦٨ للسنة الثالثة القضائية المجموعة السادسة ص١٢٦٦، والقضية رقم ١٠٩٠ للسنة الثالثة القضائية، المجموعة السادسة ص١٣٥٧ الحكم الصادر بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٥٢م. (حكم الدوائر المجتمعة) وقد ذهبت فيها المحكمة إلى عدم دستورية ما نص غليه المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢م من أنه "لاتسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوة أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أي إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار... امرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها".

(2) الحكم الصادر في ٣٠ يونيه ١٩٥٢ القضية ١٠٩٠ للسنة الثالثة قضائية، المجموعة السادسة ص١٣٥٧ سالف الذكر، الحكم الصادر في ١٥ مارس ١٩٥٤.

(3) المجموعة الثامنة ص٩٦٨، ورد نفس المعنى الحكم الصادر في ٣٠ يناير ١٩٥٧ في القضية ٥٦٩٩ لسنة ٨ق، المجموعة الحادية عشر، ص١٩١، حيث جاء فيه "إن منع سماع دعوى التعويض بالإضافة إلى قفل باب الطعن بالإلغاء حكم مناف للأصول الدستورية العامة إذ لاتجوز مصادرة الحقوق وحرمان أصحابها في الوقت ذاته من تعويض عادل".

(4) أ.د. احمد كمال أبو المجد، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٦٠٦.

وبهذه الأحكام استقر في قضاء المحكمة عدم دستورية التشريعات التي تقفل باب الطعن بالإلغاء وطلبات التعويض جميعاً، واللافت للنظر أن نشاط القضاء الإداري في الرقابة على دستورية القوانين قد تم كله في ميدان واحد هو ميدان التشريعات التي تنص على إعفاء السلطات العامة من المسئولية عن أعمالها إعفاء شاملاً أو جزئياً، وما يتصل بذلك من إقفال باب الطعن في هذه الأعمال وحرمان ذوي الشأن من حقهم في التقاضي بشأن مراكزهم وحقوقهم التي تمسها أو تعتدي عليها هذه الأعمال.

لكن هذا المسلك والمبادئ التي قررتها المحكمة بهذا الشأن هل ستستمر عليها المحكمة الإدارية أم أنها ستقيد منها؟ هذا ما نستعرضه باختصار من خلال استقراء بعض الأحكام التي صدرت من المحكمة الإدارية وصدرها الفقه باعتبارها ردة [1] في مسلك القضاء الإداري من خلال رقابة لدستورية القوانين، وقد سجلت المحكمة الإدارية العليا اتجاهها الجديد في ثلاثة أحكام شهيرة وصفت بالخطيرة [2] وذلك في العامين ١٩٥٧م، و١٩٥٨م على النحو التالي:-

١- القضية الأولى، ذهبت المحكمة إلى القول بدستورية المادة (٢٩١) من القانون رقم ٣٤٥ لسنة ١٩٥٦م في شأن تنظيم الجامعات التي تمنع "الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ أمام أية جهة قضائية في القرارات والأوامر الصادرة في الجهات الجامعية في شئون طلابها"[3].

([1]) أ.د. يحيي الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١٠٤.

- أ.د.احمد كمال أبو المجد، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٦٠٧.
- د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٤٦.
- د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٩١ ومابعدها.
- د. عبدالعزيز محمد سالمان، التطور التاريخي لمبدأ رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٣.

([2]) أ.د. احمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص٦٠٧.

([3]) الحكم الصادر في ٢٨ يونيه ١٩٥٧ القضية ١٧٨٩ لسنة ق٢، مج٢، العدد ٣، ص١١١٥.

٢- الحكم الثاني قررت المحكمة فيه دستورية المادة الثانية من القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ فيما نصت عليه من عدم جواز الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ أو طلب التعويض عن القرارات الصادرة بفصل الموظفين من غير الطريق التأديبي استناداً إلى المادة الأولى من نفس القانون [١].

٣- في الحكم الثالث قررت المحكمة الإدارية العليا كذلك دستورية المادة الثالثة من القانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦م الصادر بإلغاء الأحكام العرفية والتي تنص على أنه "لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أي إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار، وبوجه عام أي عمل أمرت به أو خولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها أو وزير المالية والاقتصاد أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم عملاً بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية، سواء أكان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بإبطال شئ مما ذكر أو بسحبه أو بتعديله ،أم كان الطعن غير مباشر عن طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصه...."[٢].

اللافت للنظر أن المحكمة الإدارية العليا استمرت في إعمال مبدأ الرقابة على دستورية القوانين ولكن مع غض الطرف عن كل مخالفة صريحة للدستور بل وإضفاء شرعية دستورية على ماهو مخالف للدستور، ولما ذهبت إليه المحكمة سابقاً في إقرارها لمبدأ عدم دستورية أي قرار يمنع من التقاضي ويهدر حقاً من الحقوق المكفولة للأفراد.

وهذا ما نجده واضحاً في الأحكام الثلاثة المشهورة التي سقناها والتي يصفها البعض بالردة ، والتي صدرت في فترة أملتها سياسة قضائية معينة ، وفي وقت (كان مبدأ سيادة القانون فيه مهيض الجناح) [٣] بحسب تعبير جانب من الفقه، ويفصح جانب آخر أن تلك الفترة تمثل (ما أجتازته البلاد كلها بعد

---

(١) الحكم الصادر في ٢٩ يونيه ١٩٥٧، القضية ١٦١ لسنة ٣ق، مج٢، العدد ٣، ص١٣٣٥.

(٢) الحكم الصادر في ١٢ يوليه ١٩٥٨م، القضية ٩٢٩ لسنة ٣ق، ص١٦٩١.

(٣) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١٠٨.

الثورة)[١] ويؤكد البعض بجلاء أن تلك الفترة كانت الدكتاتورية فيها على أشدها [٢] ،وليس أدل على ذلك ما تعرض له مجلس الدولة [٣] من اعتداء سافر استهدف

([1]) أ.د. احمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٦٢٢.

([2]) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٥٠. أ.د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٨٠. حيث يشير إلى الصراع بين أنصار الديمقراطية وأنصار الدكتاتورية قد ترجح بفوز الأخيرة بقيادة جمال عبدالناصر، ص٨١.

([3]) الحقيقة أن المصريين فوجئوا بعد إعلان قادة ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢م بحل جميع الأحزاب وشهدت مصر آنذاك صراعاً داخل صفوف قادة الثورة العسكريين انتهى باستئثار جمال عبدالناصر بقيادة المؤسسات الدستورية تمثل في إصدار دستور ١٩٥٦ وبعد قيام مصر بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس في ٢٦يوليو ١٩٥٦ كان العدوان الثلاثي على مصر في ليلة ٢٩ أكتوبر ١٩٥٦ من قبل (إسرائيل وإنجلترا وفرنسا) ولم يدر بخلد المصريون آن حقوقاً لهم سيتم الاعتداء عليها من قبل السلطات العامة آنذاك وذلك لمحاولة التخلص من جميع العناصر المحسوبة على من لم يناصر قادة الثورة المسيطرين على السلطات العامة في الجامعات والوظائف العامة. بل والاعتداء على السلطة القضائية بمنعها من ممارسة اختصاصها في نظر قضايا طلب الإلغاء للقرارات الإدارية المجحفة، ولكي يتسنى للسلطة التنفيذية التي أحكمت سيطرتها على السلطة التشريعية من تنفيذ خططها بتطهير العناصر، كان لابد من تحييد السلطة القضائية قانوناً قبل تدجينها سياسياً فكانت واقعة الاعتداء على مجلس الدولة في مظاهره تهتف بسقوط الديمقراطية والحرية واقتحمت المظاهرة مقر القضاء الإداري واعتدت على رئيسه الفقيه الكبير عبدالرزاق السنهوري في ١٩٥٤/٢/٢٩م وكان الاعتداء مروعاً ودامياً وتم عزل السنهوري من منصبه في ١٩٥٤/٤/١٥م بحجة سبق توليه منصب وزاري وانتمائه السياسي لحزب قبل الثورة بالإضافة إلى عزل عشرين عضواً من أعضاء مجلس الدولة إلى جانبه، وفي مارس ١٩٥٥ صدر القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة، قضى بإعادة تعيين أعضاء مجلس الدولة وموظفيه الفنيين الحاليين طبقاً للنظام الجديد ،مشار إليه في د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٨٢. د.هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٥١ هامش.

فيه رئيس مجلس الدولة العلامة عبدالرزاق السنهوري، وكذلك ماتعرضت له السلطة القضائية من اعتداء فيما عرف "بمذبحة القضاء" (1) فيما بعد.

هذه هي الدوافع الحقيقية في تغيير مسلك المحكمة الإدارية عن مذهبها في حماية الحقوق وكفالة الحريات، أما ما بررت به المحكمة من حجج في صدد أحكامها الثلاثة الأخيرة فقد تكفل الفقه بردها وتمحصيها ، وليس أدل على ذلك من أن هذا الوضع وهذا المسلك لن يستمر على هذا النحو كما سنذكر لاحقاً.

عوداً على بدء نجد أن السلطة القضائية قد مرت بمحنة ومحاولة فرض السيطرة التامة عليها من قبل السلطة التنفيذية ، وذلك بعد إحكام السيطرة على السلطة التشريعية ، والذي وصل إلى حد تفويضها للسلطة التنفيذية بإصدار قرارات لها قوة القانون (2) بالغت السلطة التنفيذية باستخدام التفويض دون ضرورة ، فتحول مسلك المحكمة الإدارية العليا فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين إلى مجرد مدافع عن كل ما يصدر من مخالفات متعلقة بحماية حقوق الأفراد ، هذا ما دفع جانب من الفقه إلى اعتبار الرقابة القضائية لدستورية القوانين (وسيلة احتياطية لحماية الحقوق والحريات الدستورية أما الوسيلة الأصلية فهي تأصيل روح الحرية واحترام الدستور لدى الحكام والمحكومين على

---

(1) مذبحة القضاء تمت في ٣١ أغسطس ١٩٦٩م تحت ستار إعادة تشكيل الهيئات القضائية وذلك بعزل أكثر من مائتين من رجال القضاء على اختلاف مستوياتهم ومنهم رئيس محكمة النقض في حركة أطلق عليها حركة تطهير القضاء. ووصفها الفقه بمذبحة القضاء، في أسباب ودوافع هذه الحركة. يراجع: أ.د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٣١٦، ومشار إليها في: أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١٠٥. د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٥١.

(2) أصدر مجلس الأمة القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧م وصدر على أساسه قانون إعادة تشكيل الهيئات القضائية، وكذا القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م المتعلق بالرقابة القضائية المركزية على دستورية القوانين.

حد سواء) [١]، أما المبررات والحجج التي حاولت المحكمة تبرير أحكامها سالفة الذكر فقد قامت على المبادئ التالية [٢]:-

المبدأ الأول: أن إلغاء الوسيلة القضائية ليس معناه إلغاء أصل الحق ذاته... إذ أن الحق شئ ووسيلة المطالبة به شئ آخر [٣].

المبدأ الثاني: أن القانون هو الذي يقرر الحقوق ويحدد وسائل المطالبة بها قضائية كانت أو غير قضائية، ولايلزم حتماً أن تكون تلك الوسيلة قضائية، أو قضائية بوجه دون آخر كطلب التعويض، بل المرد في ذلك كله إلى ما يرتبه القانون ويحدده، وبالشروط والأوضاع التي يقررها، لأنه هو الأداة الدستورية التي تملك ذلك كله في حدود الدستور وبغير خروج على مبادئه [٤].

---

(1) أ.د. احمد كمال أبو المجد، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٦٢٣. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٥١ .

(2) أنظر في هذه المبادئ تفصيلاً:-

- أ.د.احمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٦٠٨-٦٢٣.
- أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١٠٦.
- د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٤٧.
- د. عبدالعزيز محمد سالمان، التطور التاريخي ...، مرجع سابق، ص٥٣.

(3) وقد ورد في الحكم الصادر في ٢٨ يونيه ١٩٥٧ أن "المادة ١٩١ من القانون رقم ٣٤٥ لسنة ١٩٥٦م- في شأن تنظيم الجامعات- لاتهدر أو تمس أصل حق الطلاب في فرص الدخول في الامتحانات أو غيرها حسبما تقرره القوانين واللوائح الجامعية".

مع أن القانون منع (الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ أمام أية جهة قضائية في القرارات والأوامر الصادرة من الجهات الجامعية في شئون طلابها) الأمر الذي يعني إعطاء الإدارة سلطة تقديرية واسعة غير مقيدة بفصل الطلاب ومنع الأخيرين من اللجوء للقضاء وبالتالي منع القضاء من ممارسة اختصاصه المتعلق بالفصل في منازعات متعلقة بأمر كهذا.

(4) الحكم الأول الصادر في ٨ يونيه ١٩٥٧، القضية ١٧٨٩ لسنة ٢ق، المجموعة الثانية، العدد الثالث، ص١١١٥.

المبدأ الثالث: أنه تجب التفرقة بين المصادرة المطلقة لحق التقاضي عموما وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء، وأنه لا يجوز من الناحية الدستورية حرمان الناس كافة من الالتجاء إلى القضاء للانتصاف، لأن في ذلك مصادره لحق التقاضي، وهو حق كفل الدستور أصله، إذ تكون مثل هذه المصادرة بمثابة تعطيل وظيفة السلطة القضائية، وهي سلطة أنشأها الدستور لتمارس وظيفتها في أداء العدالة.

ولكن للمشرع من ناحية أخرى أن يحدد دائرة اختصاص القضاء بالتوسيع أو التضييق لأن النصوص الدستورية تقضي بأن القانون هو الذي يرتب جهات القضاء ويعين اختصاصها ، ولا شبهه في تضييق اختصاص القضاء بعزله عن نظر بعض الدعاوى، ما دام القانون هو الأداة التي تملك بحكم الدستور ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصها [١].

المبدأ الرابع: أن النعي بعدم دستورية القانون لا يستقيم إلا إذا كان الحق الذي يعتدى عليه ذلك القانون من الحقوق التي يكفلها الدستور، وكانت وسيلة اقتضائه عن طريق القضاء هي وسيلة يقررها الدستور كذلك، أما إذا كان الحق هو مما ينشئه القانون أو يلغيه ، وكذلك إذا كانت وسيلة اقتضائه هي مما ينظمه القانون على الوجه الذي يراه ، فلا يكون ثمة وجه للنفي بعدم دستوريته [٢].

---

(١) الحكم الصادر في ٢٥ يونيه ١٩٥٧، في القضية ١٦١ لسنة ٣ق، المجموعة الثانية، العدد الثالث، ص١٣٣٥. وقد قررت المحكمة بعد ذلك أن "علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية، وتقليد الوظيفة العامة لايرتب للموظف حقا فيها على غرار حق الملكية مثلا... ومن ثم فإن بقاءه فيها ليس حقا ينهض إلى مرتبة الحقوق الدستورية، تلك الحقوق المنصوص عليها في الباب الثالث من الدستور"، وهذا ما يعني أن بقاء الموظف في أداء واجبه واستمراره في الوظيفة رهن رغبة القيادات السياسية المسيطرة على السلطات العامة، والتي لها حق فصله من عمله دون أن يكون للموظف حق الطعن أمام القضاء لإلغاء هذا القرار.

(٢) الحكم الصادر بتاريخ ٢٥ يونيه ١٩٥٧ في القضية ١٦١ لسنة ٣ القضائية، المجموعة الثانية، العدد الثالث، ص١٣٣٥.

المبدأ الخامس: أن قفل باب الطعن بالإلغاء والتعويض جميعاً في أعمال سلطة أو هيئة عامة يكون مخالفاً للدستور إذا صدر به مرسوم بقانون، ولكنه يكون مشروعاً وغير مخالف للدستور إذا كانت أداة إصداره هي القانون (١).

المبدأ السادس: أن المقصود بالمساواة أمام القضاء هو عدم التفرقة بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية... ولا يمكن أن تفهم المساواة أمام القضاء بالقياس بينهم (الطلبة) وبين طائفة أخرى من الأفراد لاشأن لها في النظم الجامعية (٢).

وبهذه المبادئ التي أشارت إليها المحكمة الإدارية العليا قضت على ما سبق أن قررته محكمة القضاء الإداري من اتجاه يحمي حريات المواطنين وحقوقهم.

وقد اهتم الفقهاء(*) بالرد والتفنيد على هذه الحجج ، وخلاصة ذلك أن كل حق إما أن تكون له دعوى تحميه وإلا تجرد من القيمة القانونية، ووجود أي حق دستوري بغير وسيلة لحمايته يعني إهدار ذلك الحق (٣).

كما أن قفل باب الطعن في القرارات الصادرة من سلطة عامة ينطوي على ثلاثة جوانب : أولها تدخل السلطة التشريعية في عمل القضاء بمنعه من نظر أنواع خاصة من الدعاوى، وثانيها إعفاء السلطة التي أصدرت هذه القرارات من المسئولية عن أعمالها، وثالثها مصادرة حق ذوي الشأن في التقاضي بشأن مراكزهم القانونية التي مستها أو اعتدت عليها تلك القرارات (٤) . وبالرغم من أن القضاء الإداري قد قرر مبادئ عامة متعلقة في الجانبين الأولين من هذه المشكلة إلا أن الأحكام الثلاثة الأخيرة المنتقدة ركزت اهتمامها حول الجانب الشكلي الأول

---

(1) الحكم الصادر في ١٢ يوليو ١٩٥٨، في القضية ٩٢٩ لسنة ٣ القضائية.

(2) اكدت المحكمة هذا المعنى في أحكامها الثلاثة.

(*) يراجع :أ.د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورة القوانين، مرجع سابق، ص٦١٠-٦٢٣، هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٤٩، د.عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٩١ ومابعدها، التطور التاريخي، مرجع سابق، ص٥٣.

(3) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١٠٨.

(4) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٦١٠.

الذي لا يثير أي إشكال جدي ، وبالرغم من تفنيد الفقه لمثل هذا المسلك القضائي ، وتراجع القضاء الدستوري فيما بعد عن هذا المسلك ، وتطور القضاء الدستوري وتخصصه بقيام المحكمة الدستورية العليا ، وقيام هذا الصرح بحماية الحقوق والحريات والتصدي لأي مخالفة دستورية ، إلا أننا سنشهد تراجعاً إلى مثل هذا المسلك في حكم شهير للمحكمة الدستورية العليا صدر مؤخراً اشرنا إليه في موضعه من هذه الدراسة (١).

ومع كل ذلك فإن أحداً لا ينكر دور القضاء الإداري في ترسيخ أركان الرقابة على دستورية القوانين قضائياً ، وقد تتابعت أحكام القضاء الإداري والعادي مؤكدة حقها في الرقابة على دستورية القوانين في ظل غياب نص تشريعي ينظم ذلك الحق سواء كان دستورياً أو تشريعاً عادياً ، هذا الدور الكبير مع تضافر ظروف سياسية وتاريخية مرت بها مصر في أواخر الخمسينيات وإلى منتصف الستينيات من القرن المنصرم ستؤدي إلى تبني السلطة السياسية قانوناً ينظم الرقابة على دستورية القوانين ويحصر ذلك الدور بالمحكمة العليا.

وهذا ما نبينه في المطلب الثاني والتالي من هذه الدراسة عن تشكيل القضاء الدستوري في ظل المحكمة العليا.

---

(١) سبق الإشارة الى حكم المحكمة الدستورية العليا المتعلق بالرقابة السابقة على دستورية قانون الانتخابات الرئاسية الصادر عام ٢٠٠٥م، والذي تجاهل عدم دستورية فقرة تمنع من الطعن في قرارات اللجنة المشرفة على الانتخابات بسبب التعديل الدستوري الذي نص على هذا المبدأ وهو ما اشرنا الية سلفا .

المطلب الثاني

تشكيل القضاء الدستوري في ظل المحكمة العليا

تطورت الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر، فقد نشأت قضائياً في ظل غياب أي نص دستوري أو قانوني يجيزها صراحة ، ثم أقرت بنص قانوني صدر بقرار عام ١٩٦٩م لتصل في نهاية المطاف إلى مصاف النصوص الدستورية في عام ١٩٧١م .

وبصدور هذا الدستور والقانون (٤٨) لسنة١٩٧٩م الذي نظم أحكام المحكمة الدستورية العليا اكتمل البنيان القانوني للرقابة القضائية على دستورية القوانين ، ولم يعد في الحسبان مجرد إثارة أي خلاف فقهي حولها.

والسؤال المطروح على بساط البحث: ما الظروف السياسية والتاريخية التي دفعت القيادة السياسية - آنذاك - لتبني قرار إنشاء وتنظيم المحكمة العليا، وجعلها مختصة بالرقابة على دستورية القوانين، وكيف كان تشكيل القضاء الدستوري في ظل هذه المحكمة؟ هذا ما نحاول الإجابة عليه في الفروع التالية:-

الفرع الأول: المقدمات التاريخية لإنشاء مجكمة تختص بالرقابة على دستورية القوانين.

الفرع الثاني: تشكيل المحكمة العليا.

الفرع الثالث: اختصاص المحكمة العليا.

الفرع الرابع: طرق رفع الدعوى أمام المحكمة العليا.

الفرع الخامس: أثر الحكم الصادر من المحكمة العليا.

الفرع السادس: أهم الاتجاهات التي تصدت لها المحكمة العليا.

الفرع الأول

المقدمات التاريخية لإنشاء محكمة تختص بالرقابة على دستورية القوانين

إذا كان البعض [1] يؤكد أن فكرة إنشاء المجلس الدستوري بفرنسا قامت من أجل تقييد البرلمان والحد من مخالفاته للدستور، فإن فكرة إنشاء قضاء دستوري مركزي متخصص في مصر كانت بقصد وضع قيود على السلطة القضائية والحد من رقابتها على دستورية القوانين.

هذه النتيجة تؤكد الدور الفعال للقضاء في ترسيخ أركان الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر، وهو ما أشرنا إليه سلفاً.

ودور السلطة القضائية في مصر هو ما دفع السلطة السياسية آنذاك إلى هجر خيار الرقابة السياسية وترجيح الرقابة القضائية المركزية عليها (فسلب بذلك أمر رقابة دستورية القوانين من عموم المحاكم وركزه في المحكمة العليا)[2].

فما من شك أن نتيجة قرار إنشاء المحكمة العليا هو فقدان (جميع المحاكم في مصر على اختلاف أنواعها ودرجاتها حقها في التصدي لرقابة مدى مطابقة القانون للدستور)[3].

أما المقدمات التاريخية التي ساهمت في إنشاء القضاء الدستوري المتخصص بالإضافة إلى السوابق القضائية فتتمثل في المطالبات والأفكار التي تبناها رجال الفقه والسياسة وتبلورت في وضع مشروع عرف فيما بعد بلجنة

---

(1) د. ناتالي موجيرون، ندوة بعنوان "الرقابة على دستورية القوانين بين مصر وفرنسا"، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، يونيه ٢٠٠٦م.

(2) د. علي حسين نجيده، الرقابة على دستورية القوانين المحكمة الدستورية العليا طبيعتها ومهامها وأهم ميادنها، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م، ص٢٤. أ.د. طعيمه الجرف، القضاء الدستوري، ط٢، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص١٣٩.

(3) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٩٤. أ.د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص١٣٩. د. مصطفى محمود عفيفي، رقابة دستورية القوانين في مصر والدول الأجنبية، مكتبة سعيد رأفت، جامعة عين شمس، ط١، ١٩٩٠، ص٢٦٢.

الخمسين ، [1] وفيه ترددت أول الأصداء للدعوة إلى أن ينص الدستور على مبدأ رقابة القضاء على دستورية القوانين ، ولكن هذا المشروع لم يرق لرجال الثورة فاقترحوا على الأمة دستوراً يختلف اختلافاً واضحاً عن ذلك المشروع [2].

وقد جاء دستور ١٩٥٦م خالياً من النص على رقابة دستورية القوانين ، والذي استمر العمل به إلى قيام الوحدة بين مصر وسوريا[*] بعد استفتاء أجري في ٢١ فبراير ١٩٥٨م، وقد جاء دستور دولة الوحدة أيضاً خالياً من النص على

---

(1) صدر مرسوم في ١٣ يناير ١٩٥٣م بتأليف لجنة لوضع مشروع الدستور الجديد مكونة من خمسين عضوا، ،والمشروع الذي تبنته لجنة الخمسين كان يتضمن تحديد دورتين رئاسيتين مدة كل دورة خمس سنوات، ويقترح إنشاء محكمة دستورية عليا مكونة من تسعة أعضاء يعين الرئيس منهم ثلاثة والباقي منتخبون من البرلمان والسلطة القضائية، وكان اختصاصاتها موسعة بما فيها محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء، أنظر في تفاصيل تشكيل المحكمة واختصاصاتها وكذا معالم الدستور المقترح: أ.د. مصطفى فهمي أبو زيد، مرجع سابق، ص١١٧، أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٨٦. د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٧٥. كان في مقدمة واضعي المشروع العلامة الدكتور السنهوري، والدكتور السيد صبري، والدكتور عثمان خليل، أنظر في هذا:-

- أ.د مصطفى فهمي أبو زيد، الدستور المصري والقضاء الدستوري فقهاً وقضاءً، ط٩، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص١٠٥.
- أ.د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٥٩.
- أ.د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص٧٠، أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٤٨.
- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٨٦.
- المستشار أ.د. محمد فتحي نجيب، التنظيم القضائي المصري، دار الشروق، ٢٠٠٣، ص١٣٣.

(2) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٥٥٩. د.رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٨٦. أ.د. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص١٤٨.

(*) قامت الوحدة بين مصر وسوريا وطالبت اليمن حينها بالانضمام إلى الوحدة فكان لها ذلك وتم توقيع الاتفاقية مع اليمن بتارخ ١٩٥٨/٣/٨م لكن سرعان ما أعلنت اليمن انفصالها بمجرد تبني قيادة الوحدة للأفكار الاشتراكية، وذلك قبل انفصال سوريا عن الوحدة وتم اعلان إنهاء الوحدة مع اليمن بتارخ ١٩٦١/١٢/٢٦م ، يراجع في هذا:د.علي الغفاري ،الدبلوماسية اليمنية ١٩٠٠م -٢٠٠٠م ،ط١. ٢٠٠١م ،الافاق للطباعة والنشر ،صنعاء ،ص١٧٤ .

الرقابة على دستورية القوانين ، بالرغم من أن دستور سوريا السابق كان يتضمن أحكاماً خاصة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين ،الأمر الذي يؤكد أن القيادة السياسية آنذاك تعمدت إغفال الإشارة- في دستور دولة الوحدة- إلى الرقابة القضائية على دستورية القوانين، (١) وبعد إعلان سوريا الانفصال عام ١٩٦١م حاول الرئيس جمال عبدالناصر البحث عن نصر آخر فبدأت مغامراته الخارجية ورغبته في مد نفوذهِ إلى البلاد العربية الأخرى، (٢) وبسبب تواجد أغلب القوات المسلحة المصرية خارج مصر بالإضافة إلى تدني الأوضاع الاقتصادية بسبب فساد الإدارة في نشاطها الاقتصادي وكذلك تدهور الأوضاع الأمنية وغياب الحقوق والحريات والاضطهاد للمواطنين حدثت الهزيمة الساحقة (٣) عام ١٩٦٧م والتي سميت بالنكسة للتخفيف من وطئتها (٤).

وبالرغم من أن "الميثاق" الذي صدر في أعقاب انفصال سوريا عن الجمهورية المتحدة عام ١٩٦٢م قد جاء فيه أنه (آن الأوان لإنشاء محكمة دستورية عليا تسهر على حماية الدستور ونصوصه من كل عبث واعتداء)(٥) إلا أن الدستور المؤقت الصادر عام ١٩٦٤م - بعد إقرار الميثاق- لم يشر إلى مثل هذه المحكمة الموعود بها.

وفي مارس ١٩٦٨م وأعقاب هزيمة يونيه ١٩٦٧م وما أحدثته من صدع عميق- في المجتمع العربي المصري على وجه الخصوص- ألقى الرئيس جمال

---

(1) المستشار الدكتور/ محمد فتحي نجيب، مرجع سابق، ص١٣٥. د.عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص٢٧٧.

(2) كان اهمها دخوله العسكري لليمن واستمرار التواجد العسكري في اليمن إلى ما بعد النكسة عام ١٩٦٧م د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص٨٥.

(3) يراجع د. مصطفى فهمي ابو زيد، الدستور المصري، مرجع سابق، ص١٢٥.

(4) د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص٨٧ وقد سماها بهزيمة نكرا ومخزية ص٨٥، ٨٧.

(5) نص الميثاق الصادر عام ١٩٦٢م، يراجع الدكتور يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١٠٩.

عبدالناصر ما عرف ببيان "٣٠مارس" محاولاً استيعاب بعض غضب الجماهير وسخطها والاستجابة لبعض مطالبها [١].

وقد جاء في البيان "أن من الخطوط الأساسية العامة التي يجب أن يتضمنها الدستور القادم للجمهورية العربية المتحدة- فضلاً عن النص على حصانة القضاء وعلى كفالة حق التقاضي ، **وتحريم النصوص التي تمنع من الطعن في أي إجراء للسلطة أمام القضاء** [٢]، وتمكين القضاء من أداء رسالته السامية في تحقيق العدل ، وفي إعطاء كل ذي حق حقه ، وفي رد الاعتداء على الحقوق والحريات فإنه قد تقرر ضرورة النص في الدستور على إنشاء محكمة دستورية عليا يكون لها الحق في رقابة دستورية القوانين وتطابقها مع الميثاق ومع الدستور".

وقبل تنفيذ هذا الوعد حدث صدام بين الهيئة القضائية وقمة السلطة التنفيذية ، فتزامن إنشاء المحكمة العليا بما عرف في تاريخ القضاء المصري "بمذبحة القضاء" [٣] تلك المذبحة التي أقصي فيها عن منصب القضاء عدد كبير من رجال القضاء الفضلاء [٤].

وتركت هذه المذبحة أثرا بالغ السوء لدى كل رجال الهيئة القضائية ولدى الرأي العام ، وصدر في هذه الأجواء القانون رقم (٨١) لسنة ١٩٦٩م والخاص بإنشاء المحكمة العليا ، والتي أوكل إليها دون غيرها الفصل في دستورية القوانين، ولذلك كله كان استقبال "المحكمة العليا" استقبالاً سيئاً محاطاً بالشك والريبة من جمهور القضاة والمتقاضين جميعاً، فباقتران إنشاء المحكمة العليا بقرار بقانون مع عزل عددٍ لا يستهان به من القضاة عن طريق تنحيتهم من مواقعهم القضائية ، بدت المحكمة كخطوة مقصودة- لا لتوكيد الشرعية الدستورية ودعم حقوق المواطنين وحرياتهم- وإنما كأداة في يد السلطة التنفيذية توجهها

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص١١٠. د. مصطفى فهمي أبو زيد، المرجع السابق، ص١٢٥.

(2) ستعود هذه النصوص الى الوثيقة الدستورية في التعديلات التي اقرت عام ٢٠٠٥م.

(3) المستشار الدكتور/ عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينية- جان دبوي- للقانون والتنمية، ٢٠٠٣، ص٢١٠.

(4) أ.د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص١١١. د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٥٣.

لتحقيق أغراضها في التحول الاجتماعي، وكذلك لامتصاص ما نجم عن عزل القضاة من مشاعر غاضبة [1].

زاد من هذه الشكوك أن القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م الخاص بإنشاء المحكمة العليا صدر بقرار جمهوري استناداً إلى قانون التفويض الذي أصدره مجلس الأمة برقم ١٥ لسنة ١٩٦٧م ،وهو الذي صدر على أساسه أيضاً قانون إعادة تشكيل الهيئات القضائية ، والذي تم بموجبه ما عرف بالمذبحة القضائية، وتم ذلك في ظل الدستور المؤقت الذي أصدره رئيس الجمهورية عام ١٩٦٤م[*].

ولذا يذهب جانب من الفقه [2] إلى عدم دستورية هذا القرار المتعلق بإنشاء المحكمة العليا باعتبار أن قانون التفويض حدد على سبيل الحصر مجالات التفويض ، وليس من بين أهداف قانون التفويض ما يخول رئيس الجمهورية إصدار هذا القرار المتعلق بإنشاء المحكمة [3].

بالإضافة إلى أن إبطال المحكمة العليا للقوانين المخالفة للدستور مؤداه تجريدها من قوة نفاذها وإعدامها، وهي سلطة لا يجوز أن تتولاها المحكمة العليا بغير نص في الدستور، فإذا خولها إياها قرار بقانون صدر عن رئيس الجمهورية كان هذا القرار مخالفاً للدستور [4].

كانت هذه هي المقدمات التاريخية التي أدت إلى إنشاء المحكمة العليا وإقرار الرقابة القضائية على دستورية القوانين بقرار جمهوري ، وقد أشرنا إلى الظروف والملابسات التي رافقت إنشاء هذه المحكمة، فهل ستبقى تلك الشكوك؟ وما هي اختصاصات المحكمة؟ وكيفية تشكيلها؟ وما الدور الذي قامت به؟ هذا ما نحاول توضيحه في بقية فروع هذا المطلب التالية:-

---

(1) المستشار الدكتور/ عوض المر، مرجع سابق، ص٢١٠.

(*) صدر دستور عام ١٩٦٤م من قبل رئيس الجمهورية دون استفتاء شعبي وسمي بالدستور المؤقت يراجع: ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص٧٥. أ.د. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص١٥٨.

(2) المستشار الدكتور/ عوض المر، المرجع السابق، ص٢١٠.

(3) د. عبدالعزيز محمد سالمان، المرجع السابق، ص٣٠٣.

(4) المستشار د. عوض المر، مرجع سابق، ص٢١٠. ويشير المستشار إلى أن هذه المشكلة والصعوبة تم مواجهتها بالنص في دستور ١٩٧١م لإضفاء شرعية لاختصاصات المحكمة وما قامت به من أعمال.

الفرع الثاني

تشكيل المحكمة العليا

سبق الإشارة إلى أنه في ٣١ أغسطس ١٩٦٩م واستناداً إلى قانون التفويض رقم (١٥) لسنة ١٩٦٧م، أصدر رئيس الجمهورية القرار بقانون رقم (٨١) لسنة ١٩٦٩م الخاص بإنشاء المحكمة العليا، وفي ٧ فبراير ١٩٧٠م أصدر رئيس الجمهورية قراراً بتشكيل المحكمة ، [1] وسنتناول قرار تشكيل المحكمة من حيث سلطة التعيين، العدد، الصفة، المدة، في البنود الآتية على التوالي:-

أولاً: سلطة التعيين:

اختار رئيس الجمهورية في القرار الذي أصدره بإنشاء المحكمة أن تكون سلطة تعيين أعضاء المحكمة بيده دون غيره، وإذا كانت هذه السلطة مطلقة من كل قيد- حتى تلك المتعلقة بسن التقاعد- بالنسبة لرئيس المحكمة فإن القرار قد ألزم الرئيس بأخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية فيما يتعلق باختيار نواب الرئيس ، علماً أن رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية غير ملزم هو الآخر.

فنص القرار بقانون على أن "يتم تعيين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية من بين أعضاء المحكمة العليا أو من غيرهم من تتوافر فيهم شروط التعيين ، [2] ويجوز تعيين رئيس المحكمة دون التقيد بسن التقاعد، ويكون تعيين نواب رئيس المحكمة ومستشاريها بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية..."[3].

وبهذا عهد قانون إنشاء المحكمة إلى رئيس الجمهورية مهمة اختيار وتعيين رئيس المحكمة ومستشاريها ، وبذلك ينفرد رئيس الجمهورية- وهو في

---

(1) بعد ذلك أصدر مجلس الأمة القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠م الخاص بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا وعقدت المحكمة أولى جلساتها في ٣ مارس ١٩٧٠م. يراجع المستشار/ طه أبو الخير، حرية الدفاع، ط١، دار المعارف الإسكندرية، ١٩٧١م، ص٧٧.

(2) سيتم التطرق إلى شروط التعيين لاحقاً.

(3) المادة ٧ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م الخاص بإنشاء المحكمة العليا.

قمة السلطة التنفيذية- بل والتشريعية آنذاك بحكم قانون التفويض - باختيار [1] وتعيين أعضاء هذه المحكمة العليا التي يفترض فيها أنها تراقب سلطات الدولة الأخرى لكي تردها إلى جادة الدستور [2].

أما اشتراط أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية عند تعيين نواب رئيس المحكمة بخلاف تعيين رئيس المحكمة فمحاولة للتفريق لا مبرر لها ،[3] خاصة إذا ما علمنا بأنه ليس لرئيس المحكمة صوت مرجح عند التساوي ، وأن رأي المجلس الأعلى غير ملزم لرئيس الجمهورية ، وبالتالي فإن هذا الإجراء شكلي وخال من أي أثر موضوعي [4].

وبالرغم من أن مشروع لجنة الخمسين - سالف الذكر- قد تبنى أحكاماً خاصة بالمحكمة الدستورية العليا في صلب الوثيقة الدستورية ، كان منها تحديد أعضاء المحكمة بتسعة أعضاء ينتخب البرلمان منهم ثلاثة والقضاء العالي ينتخب ثلاثة آخرين وثلاثة يعينهم الرئيس ، [5] إلا أن الأخير قد جعل لنفسه بقرار هو

---

(1) ولم يكتف القرار بجعل قرار التعيين من سلطة رئيس الجمهورية وحسب وإنما أناط إليه جواز إحالتهم إلى المعاش بقرار من رئيس الجمهورية وذلك (إذا فقد أحدهم الثقة والاعتبار أو أخل إخلالاً جسيماً بواجبات أو مقتضيات وظيفته...) المادة ٩، ١٠ من قانون إنشاء المحكمة العليا.

(2) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١١٢.

(3) ومن الفروق بين رئيس المحكمة ونوابه وأعضاء المحكمة نص القانون على أن "يحلف أعضاء المحكمة العليا قبل مباشرة وظائفهم يميناً بأن يحكموا بالعدل وأن يحترموا القانون على أن يكون حلف رئيس المحكمة لليمين أمام رئيس الجمهورية بينما يكون حلف نواب رئيس المحكمة والمستشارين أمام رئيس المحكمة العليا". المادة ٨ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م بشأن إنشاء المحكمة العليا وهذا التفريق لامبرر له سوى التأكيد على تبعية رئيس المحكمة لرئيس الجمهورية وهو لاينبغي في ظل الاستقلال المنشود للقضاء بوجه عام وللمحكمة العليا بوجه خاص.

(4) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٥٦. د. عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص٣٠٣.

(5) أنظر في تفاصيل مشروع لجنة الخمسين: أ.د. مصطفى فهمي أبو زيد، الدستور المصري فقهاء وقضاء، مرجع سابق، ص١١٧.

أدنى من القانون [1] سلطة تعيين جميع الأعضاء واختيار رئيس المحكمة دون التقيد بسن التقاعد، فهجر بذلك مبدأ الانتخاب كلية ، وكذا مبدأ المشاركة في تعيين أعضاء المحكمة العليا من قبل السلطات الأخرى، واستأثر بسلطة التعيين دون غيره من السلطات، إلى جانب توسعه في إصدار التشريعات- دون ضرورة- بناءً على قانون التفويض ، ما يعني تخوف السلطة التنفيذية آنذاك من الرقابة على دستورية القوانين المخالفة للدستور، ومحاولة التضييق على مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، وتأكيداً للاطروحات التي تشير إلى أن بيان (٣٠ مارس) وقرار إنشاء المحكمة لم يأت إلا لمحاولة امتصاص غضب الجماهير أعقاب هزيمة ١٩٦٧م.

والحقيقة أن استئثار السلطة التنفيذية بتعيين أعضاء المحكمة العليا والتي من اختصاصاتها الرقابة على دستورية القوانين أمر منتقد فقهاً [٢] وتعتبر طريقة معيبة ولا توفر أي قدر من الاستقلال لأعضاء المحكمة [٣]، خاصة وأنها تملك اختصاصات خطيرة وهائلة ، [٤] ولذا يذهب جانب من الفقه [٥] إلى أنه يجب أن يكون تعيين أعضاء المحكمة من اختصاص السلطات القضائية وحدها ، في صورة المجلس الأعلى للهيئات القضائية ،لأن الخطر الحقيقي على الدستور يكمن في اعتداء السلطة التنفيذية ، وأن شبهة خضوع القضاة لنفوذها قائمة ،أو الميل إلى جانبها على أقل تقدير في ظل امتلاك السلطة التنفيذية لقرار التعيين [٦] ، ويرى جانب من الفقه [٧] ضرورة أن يكون اختيار أعضاء المحكمة موزعاً بين السلطات الثلاث ، بحيث تتوافر لها ضمانات الحيدة والاستقلال.

---

(1) د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٠٣.

(2) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٩١.

(3) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١١٢.

(4) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٦.

(5) د. محمد حسنين عبدالعال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ص١٧٥. د. علي حسين نجيده، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٤.

(6) أ.د. محمد أنس قاسم جعفر، الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٩٥.

(7) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٧.

ثانياً: العـــــــدد:

لم يحدد القرار الجمهوري عدد أعضاء المحكمة العليا ، وأكد على أن "تؤلف المحكمة العليا من رئيس ، ومن نائب أو أكثر للرئيس ، وعدد كاف من المستشارين"(١).

لم يستقبل الفقه الدستوري هذا المسلك في جملته برأي موحد ، ففي حين يذهب جانب من الفقه (٢) إلى أن مسلك المشرع في هذا الصدد محمودُ حتى يتمكن من زيادة العدد لمواجهة أعباء المحكمة ومسئوليتها دون حاجة إلى تعديل تشريعي ، يذهب جانب آخر (٣) إلى أن تحديد عدد الأعضاء يعتبر من الثغرات التي يمكن أن تنفذ من خلالها السلطة السياسية لتزيد من أعضاء المحكمة كلما رأت في مصلحتها ذلك ، ويرى أن ينص القانون على عدد معين تشكل منه المحكمة لا يجوز الانتقاص منه أو الزيادة عليه.

ويذهب اتجاه ثالث (٤) إلى أن الأفضل والأوفق تحديد عدد أعضاء المحكمة بنص وارد في الدستور، وألا يترك ذلك للقانون تفادياً لأي صدام قد يحدث بين السلطة التنفيذية والمحكمة فتستغل الأولى الأغلبية البرلمانية لمحاولة تعديل قانون المحكمة ، مستدلين بالواقعة التاريخية المشهورة في عهد الرئيس الأمريكي روزفلت عام ١٩٣٧م (٥).

---

(1) المادة ٢ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م الخاص بإنشاء المحكمة العليا.

(2) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١٣٥.

(3) د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٠٢. د. مصطفى محمود عفيفي، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٤١.

(4) أ.د. عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ط١، ١٩٨٩، الكويت، ص٦٤٢.

- د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٥٥.
- د. إبراهيم محمد حسين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص٦٥٩.
- د. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، ١٩٩٩، ص٣٨.

(5) راجع في تفاصيل ذلك: أ.د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٢٦ .

وبهذا يتبين لنا الاتجاهات الدستورية فيما يتعلق بتحديد عدد أعضاء المحكمة الموكل إليها الرقابة على دستورية القوانين ، فإما أن يحدد المشرع بنص دستوري يتمتع بالثبات النسبي عدد أعضاء المحكمة ، أو أن يوكل الدستور في تحديد العدد للمشرع العادي ، والأخير إما أن ينص على عدد محدد لأعضاء المحكمة لا يمكن تعديله بالزيادة أو النقصان إلا بقانون ، أو أن يترك ذلك التحديد لسلطة التعيين بقرار يمكن بسهولة التعديل فيه كلما دعت الحاجة إلى ذلك لمواجهة أعباء المحكمة ، والاتجاه الأخير هو ما اختاره القرار الجمهوري بشأن تشكيل المحكمة العليا ، حيث اكتفى القرار بالنص على عدد كاف"[1] مخالفاً بهذا الاتجاه أغلب التشريعات الدستورية [2].

---

(1) استمد المشرع المصري في القرار الجمهوري الخاص بإنشاء المحكمة العليا مبدأ عدم تحديد الأعضاء بلفظ يسمح بالمرونة في التعديل "عدد كاف" من قانون تنظيم وإنشاء مجلس الدولة وكذا قانون السلطة القضائية السابقين على إنشاء المحكمة العليا.
فقد جاء في القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥م الخاص بإنشاء مجلس الدولة في المادة رقم ٢ منه على أن "يتكون مجلس الدولة من: أ- القسم القضائي. ب- القسم الاستشاري للفتوى والتشريع، ويشكل المجلس من رئيس ومن وكيلين أحدهما للقسم القضائي والأخر للقسم الاستشاري وعدد كاف من الوكلاء المساعدين والمستشارين والمستشارين المساعدين والنواب والمندوبين".
وكذا ما جاء في القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩م بشأن تعديل قانون مجلس الدولة في عهد الوحدة مع سوريا، جاء في المادة رقم ٢ على أن "يشكل من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس يختار منهم نائب رئيس للمجلس بالإقليم السوري ورئيس للقسم القضائي ورئيس للقسم الاستشاري ونائب رئيس للمحكمة الإدارية العليا وعدد كاف من الوكلاء والمستشارين والمستشارين المساعدين والنواب والمندوبين".
كما نص القرار بقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩م الخاص بالسلطة القضائية في المادة رقم٣ على أن "تؤلف محكمة النقض من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس والمستشارين وتكون بها دائرة لنظر المواد الجزائية...". الجريدة الرسمية ٢١ فبراير ١٩٥٩م العدد ٣٢ مكرر (ب).
وهكذا استمر مبدأ عدم تحديد الأعضاء متكرراً في تعديلات مجلس الدولة وذلك في القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م فيما يتعلق بتحديد أعضاء هيئة مفوضي الدولة (م٦) وتشكيل قسم التشريع (م٦٢) وكذا تشكيل مجلس الدولة بمقتضى المادة (٢) وهذا المبدأ أستمد منه نص الدستور الصادر عام ١٩٧١م الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية العليا.

(2) من الدساتير التي حددت عدد أعضاء المحكمة الدستورية، الدستور العراقي الصادر عام ١٩٢٥م حدد أعضاء المحكمة بثمانية في المادة ٨٢، والدستور السوري الصادر عام ١٩٥٠م والذي حدد عدد أعضاء المحكمة الدستورية بسبعة في المادة ١١٦، والدستور التركي الصادر عام ١٩٦١ الذي حددهم بخمسة عشر عضواً، والدستور الإيطالي حدد عددهم بخمسة عشر عضواً في المادة ١٣٥.

وفي كل الأحوال فإنه يتعين ألا يقل عدد أعضاء المحكمة العليا عن سبعة أعضاء وإن جاز أن يزيد عن ذلك، وقد جاء هذا التحديد من نص المادة (٣) والتي ألزمت أن "تصدر - المحكمة- أحكامها من سبعة مستشارين" علماً أن المحكمة تتكون من دائرة واحدة فقط حرصاً [1] على توحيد الاتجاه ومنع تضارب الأحكام واختلافها [2] وهذا الوضع ما استقر عليه في ظل المحكمة الدستورية العليا.

ثالثاً: شرط التأهيل القانوني والقضائي :

نشير هنا الشروط المتعينة في أعضاء المحكمة المختصة بالفصل في دستورية القوانين.

فبعض النظم تقصر تشكيل المحكمة الدستورية على العناصر القضائية والقانونية ، [3] وبعضها يجعل اختيار الأعضاء من عناصر سياسية بحته ، [4] والبعض الآخر يجمع بين العناصر السياسية والقضائية ، [5] مع ملاحظة أن بعض النظم لا تشترط حتى الكفاءة القانونية في أعضاء المحاكم الدستورية ، ومن أبرز الأمثلة المحكمة العليا الأمريكية التي يتم تشكيلها من عناصر مختلفة دون أن يشترط في تلك العناصر توافر الكفاءة القانونية [6].

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١٣٦.

(2) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٥٥.

(3) مثل المحكمة الإيطالية وفقاً للمادة ١٣٥ من الدستور الإيطالي ينظر في تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا:

Burdeau, G, Traite de science politique, zeme edition paris, 1969 T. 4, pp.389 et s.

نقلاً من أ.د. عثمان الصالح، مرجع سابق، ص٦٤٤.

(4) مثال الدستور اليوغسلافي لسنة ١٩٦٣ المادة ٢٤٣ والدستور السويسري. يراجع في الرقابة على دستورية القوانين بسويسرا *Burdeau*، المرجع السابق، ص٣٧٩.

(5) مثال ذلك الدستور الصومالي الصادر على ١٩٦٠ المادة ٩٩ وكذا الدستور الألماني (المانيا الغربية سابقاً) وكذا الدستوري الكويتي المادة ١٧٣.

(6) أ.د. عثمان الصالح، مرجع سابق، ص٦٤٤.

وبالعودة إلى نصوص قانون إنشاء المحكمة العليا نجد أن المشرع المصري قد اختار المسلك الأول والمتمثل في اختيار أعضاء المحكمة من العناصر القضائية والقانونية ، فقد جاء في القانون على أنه يشترط فيمن يعين مستشاراً بالمحكمة العليا أن تتوافرفيه " الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية ، وألا تقل سنة عن ثلاثة وأربعين سنة ميلادية ويكون اختيار مستشاري المحكمة من بين الفئات التالية:-

١- المستشارين الحاليين أو من في درجتهم من أعضاء الهيئات القضائية المختلفة ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها ثلاث سنوات على الأقل.

٢- ممن سبق لهم شغل وظيفة مستشار أو ما يعادلها في الهيئات القضائية لمدة ثلاث سنوات على الأقل.

٣- المشتغلين بتدريس القانون بالجامعات المصرية في وظيفة أستاذ لمدة ثمان سنوات على الأقل.

٤- المحامين المقبولين أمام محكمة النقض لمدة ثمان سنوات على الأقل".

وواضح من هذا أن المشرع قد جعل تشكيل المحكمة من عناصر قضائية وقانونية بحتة.

وقد أشاد جانب من الفقه بموقف المشرع المصري واعتبره موفقاً في اختيار أعضاء المحكمة من عناصر قضائية وقانونية إذ أن موضوع دستورية القوانين هو في حقيقته موضوع ذو طبيعة قانونية (١).

وقد حصر القانون تغليباً للطابع القضائي(*) أن يكون ثلثا أعضاء المحكمة على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية (١) (٢).

---

(١) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٥٦.

(*) على مستوى الواقع العملي لم يحدث أن عين في المحكمة منذ أن أنشئت أحد من الفئتين الأخيرتين (المحامين والمدرسين) سوى مرة واحدة تم تعيين المحامية (تهاني الجبالي) كمستشارة في المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢٨ يناير ٢٠٠٣. وبهذا التعيين تصبح المستشارة أول امرأة تعين قاضية في المحكمة الدستورية العليا. أنظر مجلة الدستور، العدد الأول، السنة الأولى، يناير٢٠٠٣، ص٦٢.

رابعاً: المــــــــدة:

إذا ما سلمنا بأن تعيين أعضاء المحكمة الدستورية يتم من عناصر قضائية بحتة ، فإن مفاد ذلك أن يكون التعيين مدى الحياة(*)- مع مراعاة حالات إنهاء الخدمة والتقاعد التي ينظمها قانون السلطة القضائية- ومع جواز النقل من هيئة قضائية إلى أخرى حسب القانون.

وإذا ما سلمنا بأن سلطة التعيين بيد السلطة التنفيذية- تحديداً رئيس الجمهورية- فإن النتيجة لن تكون منطقية ولاعادلة لأن معناها بقاء من تم تعيينه مدى الحياة دون تدخل من السلطة التي عينته فيما بعد، وهذا ما هو عليه حال القضاء الفدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية.

وهذا الأمر لا يمكن التسليم به حال الأخذ بمبدأ التداول السلمي للسلطة، فلا يصح أن يفرض الرئيس الأسبق خياراته على من يليه في تعيين السلطة الموكل إليها مراقبة دستورية القوانين.

وحتى في النظم الملكية المطلقة والنظم الجمهورية التي تتوالى فيها فترات الرؤساء وتطول لن يكون من حق من أصدار قرار التعيين أن يبدل أو يغير (٣) إلا إذا تم تحديد مدة معينة لمن يتولى القضاء في المحكمة الموكل إليها الرقابة على دستورية القوانين ، أو أن يكون عدد أعضاء المحكمة غير معيناً ومن حق سلطة التعيين أن تزيد فيصبح عدم تحديد العدد في هذه الحالة أمراً إيجابياً ومقبولاً من الناحية النظرية والعملية.

ولذا فإن تحديد مدة معينة لأعضاء المحكمة العليا- أو الدستورية- أمر تفرضه الضرورات والمنطق ، ولكن هذه الفترة إما أن تكون معقولة نسبياً من

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١٣٧.

(2) في مبررات إشراك أعضاء من عناصر سياسية أنظر أ.د. احمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٥٧٨.

(*) مدى الحياة بمعناه طوال فترة الخدمة إلى سن التقاعد القانونية.

(3) ليس من المنطق السليم للقانون أن يمنح سلطة التعيين لجهة ما ولايمنحها سلطة التعديل ولو بضوابط ينص عليها القانون فالسلطة التي عينت مسئولة عن اختياراتها وقراراتها ولها حق المراقبة وبالتالي عليها واجب التعديل إن اساءت استخدام السلطة.

(٧-٩) سنوات ، أو تكون قصيرة جداً (ثلاث سنوات مثلا) الأخيرة يجمع الفقه الدستوري على مواجهتها بعدم الارتياح ، لأن معناها أن يكون أعضاء المحكمة معرضين (للعزل الدوري) [١] بل وفاقدين للاستقلال الحقيقي في ظل بقاء أمر تعيين وتجديد المدة بيد رئيس الجمهورية [٢].

والحقيقة أن قانون المحكمة العليا قد جعل التعيين لمدة مؤقتة وهي ثلاث سنوات قابلة للتجديد ، وقد عاب الفقه مسلك هذا القانون [٣] واعتبره البعض عيباً جوهرياً كان يشوب تشكيل المحكمة العليا [٤].

ويذهب جانب من الفقه [٥] إلى أنه ما دام القانون وضع سلطة تعيين أعضاء المحكمة العليا جميعاً بين يدي رئيس الجمهورية فإنه كان من اللازم عدم تحديد عملهم بمدة ثلاث سنوات، ذلك أن تحديد المدة يكون منطقياً في حالة اختيار أعضاء المحكمة بواسطة سلطات مختلفة، وأن تحديد هذه المدة القصيرة يشكل خطراً كبيراً على استقلال أعضاء المحكمة في مواجهة السلطات التنفيذية[٦].

ولذا يرى جانب من الفقه [٧] أن يكون التعيين مدى الحياة كما هو الحال في أعضاء المحكمة العليا بأمريكا ، في حين يرى جانب آخر [٨] أن يكون التعيين لمدة طويلة أو مدى الحياة مع ضرورة مشاركة جهة قضائية [٩] أخرى في الاختيار.

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١١٢.

(2) المرجع السابق. أ.د. محمد أنسي قاسم جعفر، مرجع سابق، ص٩٥.
د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٥٨.

(3) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٥٨.

(4) د. عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص٣٠٣.

(5) أ.د. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص١٥٧.

(6) سيترك انتقاد الفقه لتحديد المدة أثرا بالغا في صياغة دستور ١٩٧١م فيما يتعلق بحذف المدة القصيرة، مما يعتبر تطورا نسبيا في تشكيل المحكمة الدستورية العليا لاحقاً.

(7) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٥٨.

(8) أ.د. محمد أنسي قاسم جعفر، مرجع سابق، ص٩٥.

(9) المرجع السابق، ص٩٥.

والمقترح الأول لا يمكن التسليم به في ظل النظام القانوني للمحكمة العليا، والذي يجعل سلطة التعيين بيد الرئيس دون غيره كما أسلفنا، كما أن تحديد مدة معينة قد تساوي المدة التي يتولى فيها رئيس الجمهورية لمهام منصبه في الأنظمة التي تقر مبدأ التداول السلمي للسلطة سيجعل من تلك الهيئة القضائية تابعة للاتجاهات السياسية التي يتبناها رئيس الدولة، فتتغير بتغير رئيس الدولة، ولذا فإنه إذا كان المقصود من تحديد المدة هو تحقيق الاستقلال المنشود لأعضاء المحكمة العليا ، وبالتالي للمحكمة نفسها فإنه لا يمكن الاعتماد على تحديد مدة وحسب بمعزل عن طريقة تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في ظل مركزية الرقابة وتخصيص محكمة دون غيرها للفصل في دستورية القوانين. فهناك مجموعة من العوامل لها ارتباط كبير في تحقيق الاستقلال المنشود بدءاً بسلطة التعيين ومروراً بتحديد عدد أعضاء المحكمة وكذا صفاتهم القضائية وانتهاء بتحديد المدة ، والتي نسلم بداية بعدم مناسبتها في ظل قانون المحكمة العليا لا مدى الحياة ولا بالفترة المحددة في صلب القانون والمعيبة بشكل واضح في كون المقصود منها مراقبة أداء السلطة القضائية الموكل إليها مراقبة دستورية القوانين.

ونأتي هنا للحديث عن الفرع الثالث المتعلق باختصاص المحكمة العليا.

الفرع الثالث

اختصاص المحكمة العليا

عند الأخذ بأسلوب مركزية الرقابة على دستورية القوانين ونبذ مبدأ اللامركزية اقتضى الأمر تحديد اختصاصات المحكمة العليا في صلب الوثيقة القانونية التي أنشأتها- على سبيل الحصر- خاصة إذا ما علمنا بأن (الأصل أن جهة القضاء العادي هي التي لها الولاية القضائية العامة وتمارسها المحاكم بمختلف طبقاتها وفق ما ينظمه القانون، ولا يخرج عن نطاق هذه الولاية إلا ما يستثنى بحكم صريح)[1] ، وأن القضاء الإداري يختص- منذ إنشائه- بسائر المنازعات الإدارية، وأن هذا التنوع في قيام الأجهزة القضائية فلسفته وقوامه "التخصص"[2] وليس التعدد.

ولذا كان من الضرورة النص على اختصاصات المحكمة العليا محددة في صلب وثيقة الإنشاء ، والتي نشير إليها بالتتابع على النحو التالي:-

الاختصاص الأول: الرقابة على دستورية القوانين:

حددت المادة (٤) من القرار بقانون رقم (٨١) لسنة ١٩٦٩م الخاص بالمحكمة العليا اختصاصات هذه المحكمة على النحو التالي:-

"١- الفصل في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم".

ويعتبر هذا الاختصاص أهم اختصاصات المحكمة العليا وهو الغرض الرئيسي من إنشائها ، لأنه تضمن حصر الرقابة على دستورية القوانين للمحكمة العليا دون غيرها كما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م، تعليقاً على المادة الرابعة فيه "أن المشرع قصر ولاية الفصل في دستورية القوانين على المحكمة العليا دون سواها حتى لا يخرج البت في مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما جرى عليه العرف القضائي وحتى لا تتباين وجوه الرأي فيها".

---

(1) المستشار د. محمد فتحي نجيب، التنظيم القضائي المصري، مرجع سابق، ص٤٧.

(2) المرجع السابق، ص٤٨.

وبهذا النص أصبحت المحكمة العليا وحدها المختصة بهذه الرقابة إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم ، وتطلب القرار من المحكمة التي أثير أمامها الدفع أن تحدد ميعاداً للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا وأن توقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع، وإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن [١].

ومعنى هذا أن القرار بقانون أخذ بمبدأ مركزية الرقابة على دستورية القوانين[٢]، وأن جميع المحاكم في مصر فقدت على اختلاف أنواعها ودرجاتها حقها في الرقابة [٣]، وأن القرار أخذ بأسلوب الدفع الفرعي ولم يأخذ بأسلوب الدعوى الأصلية.

ومع كل ذلك فقد جاء قانون الإجراءات ونص في مادته الأولى [٤] على أن ترفع طلبات الفصل في دستورية القوانين إذا ما قدرت المحكمة المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية جدية هذا الدفع.

وبالتالي منح قانون الإجراءات للمحاكم الأخرى التي أبدى أمامها الدفع الفرعي بعدم الدستورية حق رفض هذا الدفع ، بل وبحث مدى الجدية من خلال إضافة قانون الإجراءات لشرط الجدية في الدفع ، الأمر الذي يعني (الإخلال بمبدأ مركزية الرقابة الذي كان مقرراً في القانون الأصلي)[٥] ، وهو ما يعني التضييق على المحكمة العليا من الرقابة على دستورية القوانين من خلال حصر طريقة رفع الدعوى بالدفع الفرعي ، ومنح المحاكم الأخرى سلطة تقدير جدية الدفع المثار أمامها.

وهو ما يقرره بوضوح جانب من الفقه بأن (قصر الاختصاص برقابة دستورية القوانين على المحكمة العليا لا يعني أن جهات القضاء الأخرى قد فقدت

---

(1) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٤ - أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٩٤.

(2) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٢.

(3) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٩٤.

(4) القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠م بشأن قانون الإجراءات والرسوم.

(5) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٥.

كل سلطة لها في هذا المجال ، إذ كان لقاضي الموضوع حقه الأصيل في تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية)[1].

وفي الواقع أن هذا الاختصاص هو الذي يعنينا في هذه الدراسة باعتباره أهم الاختصاصات ، ومع ذلك نشير إلى الاختصاصات الأخرى التي نص عليها القرار باختصار على النحو التالي:-

الاختصاص الثاني: التفسير:

"٢- تفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضماناً لوحدة التطبيق القضائي".

هذا هو الاختصاص الثاني الذي نص عليه قرار إنشاء المحكمة العليا، وهو المتعلق بتفسير النصوص القانونية.

والسؤال المثار فيما يتعلق بهذا الاختصاص من جانبين: الأول: هل تستأثر المحكمة العليا بتفسير النصوص القانونية دون غيرها؟

والثاني: ما نطاق القواعد القانونية المطلوب تفسيرها؟ بمعنى أدق هل يدخل ضمن القواعد القانونية نصوص الدستور والتشريعات واللوائح أم يستثنى من تلك القواعد نصوص الدستور؟

في محاولة الإجابة على التساؤل الأول نشير إلى أن (التفسير الملزم للنصوص القانونية يجد مصدره- قبل إنشاء المحكمة العليا- في قناتين: التفسير التشريعي والتفسير القضائي) [2].

والتفسير التشريعي: هو ما تصدره السلطة التشريعية لبيان النصوص الغامضة لبعض النصوص التي أصدرتها.

([1]) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٩٤. وانظر في هذا الاتجاه:- أ.د. سليمان الطماوي، مقالة تعليق على حكم المحكمة العليا الصادر في ٦ مارس ١٩٧١، مجلة العلوم الإدارية، سنة١٣، العدد الأول، إبريل ١٩٧١م، ص٢٥٨.
أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٥.

([2]) أ.د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ص٧.

وأهم ما يميز التفسير التشريعي عن غيره أنه يصدر بقانون يسري بأثر رجعي من تاريخ صدور القانون المفسر وأنه لا يصدر إلا عن البرلمان أو من يفوضه بناء على قانون ، [١] ولذا لا تؤثر فيه "استطالة الزمن بين القانونين ولا استقرار الأحكام القضائية فيما فصلت فيه"[٢].

أما التفسير القضائي: فينبع من المحاكم بصدد تطبيقها للنصوص على المنازعات المثار أمامها [٣] وهو الأكثر شيوعاً من الناحية العملية.

وما يميزه عن التفسير التشريعي بأنه غير ملزم لجميع المحاكم ، [٤] لأن من مقتضيات إصداره قيام نزاع قضائي فلا محل له حال انتفاء الخصومة.

والسؤال هنا: هل إسناد اختصاص التفسير إلى المحكمة العليا فتح قناة ثالثة للتفسير أم الغى تلك القنوات؟ في معرض الإجابة على هذا السؤال يذهب جانب من الفقه الدستوري إلى أن قانون إنشاء المحكمة العليا لم يفعل أكثر من إضافة قناة ثالثة للتفسير الملزم علاوة على التفسيرين التشريعي والقضائي .

علماً بأن تفسير المحكمة العليا هو أيضاً تفسير قضائي ولا يختلف عن أي تفسير قضائي صادر من أي محكمة كانت إلا في محاولة إضفاء طابع الإلزام في التفسير الصادر من المحكمة العليا ، في حين يفترض أن حجية التفسير الصادر من القضاء العادي والإداري ذات أثر نسبي متعلق بالخصومة المعروضة أمام القضاء[*].

---

(1) المرجع السابق، ص٨.

(2) محكمة النقض "مدني" ١٩٥٩/٥/٧م، م(١٠)، ص٣٩٠.

(3) أ.د. فتحي فكري، المرجع السابق، ص١٠.

(4) مع العلم أن العرف القضائي رسخ قاعدة إتباع التفسير الصادر من المحاكم العليا (محكمة النقض فيما يتعلق بالقضاء العادي- والمحكمة الإدارية العليا فيما يتعلق بالقضاء الإداري)- وأن خروج المحاكم الابتدائية والاستئنافية عن تفسيرات المحاكم العليا في النظام القانوني الذي تنتمي إليه يعرض أحكامها للإلغاء.

(*) أنظر في الطبيعة العملية للتفسير القضائي:-

- أ.د. حسام الأهواني، أصول القانون، ، ١٩٨٨، ص٢٥٣.
- د. رمضان أبو السعود، مقدمة القانون المدني، ، ١٩٨١، ص٥٣٥.
- د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط٥، ص٤٠١.

كما أن التفسير الصادر من المحكمة العليا يمكن أن يصدر بناء على طلب أصلي - أحيط هذا الطلب بضمانات قانونية - فلا يصح إلا بطلب من وزير العدل، نظراً لأهمية تفسير القوانين [1] في حين لا يمكن أن يصدر التفسير القضائي السابق الإشارة إليه إلا في حالة خصومة قائمة وبخصوص تلك الخصومة فالقاضي مهمته تطبيق القانون لا الإفتاء بشأنه [2].

وبالتالي يتضح لنا أن قرار إنشاء المحكمة العليا لم يفتح قناة ثالثة للتفسير وإن حاول تركيز التفسير القضائي بيد هيئة قضائية دون غيرها، فواجه بهذه المحاولة نقداً واسعاً وحالت دونه الأقدار.

وإذا كان هذا هو موقف الفقه بصدد إجابة السؤال المطروح على بساط البحث فإن المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م ذهبت إلى أبعد من ذلك ، فقد اتجهت إلى أن منح المحكمة العليا الاختصاص بالتفسير مفاده الحلول محل المشرع في التفسير التشريعي ، وبالتالي إلغاء القنوات المتعلقة بالتفسير (الشق الثاني من التساؤل).

ففي معرض شرح اختصاص المحكمة بالتفسير أبانت المذكرة الإيضاحية أن للمحكمة العليا "تفسير النصوص القانونية التي تستدعي التفسير بسبب طبيعتها أو أهميتها وذلك ضماناً لوحدة التطبيق القضائي، وقد جعل المشرع تفسير المحكمة العليا ملزماً وبذلك لا تكون ثمة حاجة إلى الالتجاء إلى إصدار تشريعات تفسيرية أو إنشاء لجان لهذا الغرض"[3].

وإذا كان إلغاء اللجان الإدارية التفسيرية قد تقبله الفقه الدستوري بارتياح، باعتبار إلغائها أمراً منطقياً فلم (يعد المشرع في حاجة إلى أن يوكل هذه المهمة إلى لجان إدارية مختلفة)[4] للقيام بتفسير القوانين، إلا أن إلغاء دور المشرع في

- د. عبدالمنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، ، ١٩٦٢م، ص٢٠٩.

- د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ، ١٩٧٤م، ص٨٧.

(1) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١١٤.

(2) أ.د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية....، مرجع سابق، ص١٠.

(3) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م.

(4) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١١٤.

إصدار قوانين تفسيرية واجه نقداً واسعاً من قبل الفقه الدستوري [١] والقضاء على حد سواء ، زاد من أصوات المعارضة لانفراد المحكمة العليا بالتفسير الممارسة العملية التي حاولت فيها المحكمة العليا أن تجمع بين يديها الاختصاص بالتفسير التشريعي والقضائي.

فكثيراً ما طلبت الحكومة من المحكمة العليا تفسير نصوص كان النزاع بشأنها لا يزال قائماً أمام المحاكم ، [٢] وبصدور تفسير المحكمة العليا يجد القضاء نفسه ملزماً بتفسيرها ومتقيداً بما ورد إليه منها ، مفتقداً بهذا سلطته في الفصل بمقتضى فهمه للنزاع القائم والنصوص التي تحكمه.

هذا الأمر دفع القضاء بشقيه الإداري والعادي إلى نقد أسلوب المحكمة العليا ،[٣] والمطالبة بالكف عن طلب التفسير، والمنادة بالتدخل التشريعي للحد من سلطة المحكمة العليا بالتفسير[٤].

---

(1) خالف هذا الاتجاه محمد صبري السعدي، ، ص١٠٢. الذي حاول تبرير تركيز التفسير بيد المحكمة العليا، يراجع: فتحي فكري، المرجع السابق، ص١٣.

(2) أ.د. فتحي فكري، المرجع السابق، ص١٤.

(3) أدان القضاء الإداري نهج الحكومة في طلب التفسير بصدد نزاع مثار على ساحات القضاء فجاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري أن تخويل "المحكمة العليا الاختصاص بإصدار تفسير تشريعي ملزم للجهات القضائية أمر له خطورته لأنه يترتب عليه حرمان المحاكم من حقها الطبيعي في تفسير القانون تأويله والكشف عن أوجه النظر المختلفة التي قد تثور في شأنه إلى أن يستقر القضاء على الرأي الذي يتفق مع الهدف الأسمى وهو تحقيق العدالة، إلا أنه لاسبيل إلى دفع هذه النتائج بعد أن ناط المشرع بالمحكمة العليا هذا الاختصاص".

- حكم محكمة القضاء الإداري- ١٩٧٧/٣/٢٩م مشار إليه في حكم المحكمة الإدارية العليا- ١٩٧٧/٤/٩م- المبادئ في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥-١٩٨٠)، ص٢١٨٣.

(4) وتكررت الإدانة في ذات الحكم وأن إصدار قرار بالتفسير أثناء المنازعة (ينال من مقومات العدالة في الصميم ويمس كبرياء القاضي وكرامته وهو أمر لايسوغ السكوت عنه ويتعين إعلان الاحتجاج عليه. وإتقاء لهذه المآخذ فإن المحكمة تهيب بالمسئولين.... أن يكفوا عن طلب تفسير القانون من المحكمة العليا، ليس فقط بمناسبة منازعة بذاتها مطروحة على القضاء، وإنما أيضاً أمام المحاكم ذلك لأن مهمة توحيد المبادئ القانونية في هذه الحالة منوطة قانوناً بمحاكم الطعن التي نصبها القانون لهذا الغرض. كما تهيب المحكمة بالسلطة التشريعية أن تسارع في إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا متضمناً الضوابط الكفيلة باستعمال حق تفسير النصوص القانونية على وجه يصون التقاليد القضائية ويحفظ هيبة القضاء وسيادته". - المحكمة الإدارية العليا، ١٩٧٧/٤/٩م سابق الذكر.

ووصل الأمر بالقضاء العادي إلى تجاهل القرارات التفسيرية الصادرة من المحكمة العليا[١] خاصة إذا ما علمنا بأن أغلب التفسيرات كانت تأتي لتبرير اتجاهات السلطات الحاكمة[٢].

كما تصدى رجال القضاء [٣] والفقه لمشروع قانون المحكمة الدستورية العليا وخاصة المادة (٣٢) منه والمتعلقة باختصاص المحكمة (وحدها) بتفسير القانون ونتيجة لهذه الاعتراضات أعيد النظر في مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا ، واسترد البرلمان سلطته في إصدار قوانين تفسيرية ، واستعادت المحاكم دورها في تأويل النصوص القانونية [٤].

---

(1) اعتبرت محكمة شمال القاهرة- تفسير المحكمة العليا المتعلق ببيان كيفية تشكيل محكمة الوزراء بعد انفصال سوريا وفقاً للقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨م- غير ملزماً لأنه "لايعتبر تفسيراً وإنما هو بمثابة تشريع جديد لم يصدر من السلطة التشريعية فلا يعتد به ولا تلحقه حصانه".- من حكم محكمة شمال القاهرة الابتدائية (دائرة الجنح المستأنفة)- ١٩٧٧/٥/٩م- مجلة المحاماة- ١٩٧٧، ص٨٤.

(2) جاء في بيان نقابة المحامين حول مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا- في ظل قيام المحكمة العليا- أن نص المادة (٣٢) المتعلقة بحصر التفسير بالمحكمة الدستورية يهدف إلى الحصول على (تفسيرات من هذه المحكمة تتفق مع اتجاهات السلطات الحاكمة وتقطع الطريق على الهيئات القضائية كما حدث بالفعل في مناسبات عديدة........). بيان نقابة المحامين بشأن مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، مجلة المحاماة، السنة ٥٨، العددان (١، ٢)، ص١٧٨.

(3) الهيئات التي أصدرت بيانات تنتقد فيه مشروع القانون والمادة (٣٢) منه منها:-
- نقابة المحامين- مجلة المحاماة السنة ٥٨ العددان (١، ٢) ص١٧٨.
- بيان نادي القضاة- مجلة المحاماة السنة ٥٨ العددان (١، ٢) ص١٨٢.
- بيان الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع،مجلة المحاماة السنة٥٨ العددان(١،٢)
- بيان الجمعية العمومية لمجلس الدولة، مجلة المحاماة، المرجع السابق، ص٢٠٣.
- بيان الجمعية العمومية لمحكمتي شمال وجنوب القاهرة- المرجع السابق، ص٢٠٦.

(4) جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا الصادرة من وزير العدل أن (اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير لايحول دون مباشرة السلطة التشريعية حقها في إصدار التشريعات التفسيرية بداءة أو المخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من تفسير. كما أن هذا الاختصاص لايصادر حق جهات القضاء الأخرى جميعاً في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها إلى الواقعة المعروضة عليها ما لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا" النشرة التشريعية، ١٩٧٩، العدد٨، ص٣٥٨٥. وقد جاءت نفس العبارات في تقرير اللجنة التشريعية عن مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا. والذي أصبح فيما بعد القانون رقم ٤٨ لسنة١٩٧٩.

وبهذا نكون قد أجبنا عن السؤال المتعلق بإسناد اختصاص التفسير للمحكمة العليا بأنه ليس قناة ثالثة للتفسير، كما أنه لم يلغ قنوات التفسير كما كان يراد له، وكما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة العليا ، ونأتي هنا لمحاولة الإجابة على التساؤل الأول المتعلق باختصاص المحكمة العليا بتفسير نصوص الدستور وغيره من القواعد القانونية.

فالفقرة الثانية من المادة رقم (٤) من القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م أشارت إلى اختصاص المحكمة العليا بـ(تفسير النصوص القانونية) وبهذا النص (ثار الخلاف أمام بعض جهات القضاء حول تفسير الدستور، هل يدخل في عموم لفظ القوانين فيتناوله اختصاص المحكمة بالتفسير، أم أنه لا يعتبر قانوناً في هذا الصدد ومن ثم لا تختص المحكمة بتفسيره)[1].

المحكمة العليا بدورها حملت عبارة "النصوص القانونية" على معناها الواسع، الأمر الذي مكنها من مباشرة الاختصاص التفسيري تجاه القواعد العامة المجردة، وبالتالي أخضعت نصوص الدستور للتفسير إلى جانب تفسيرها للتشريعات العادية واللوائح [2]، وتأكد حق المحكمة العليا في تفسير نصوص الدستور بطلب وزير العدل تفسير المادة (٩٤) من الدستور لبيان ما إذا كان هذا النص يحول بين عضو مجلس الشعب الذي أسقطت عنه العضوية طبقاً للمادة (٩٦) من الدستور وبين ترشيحه لعضوية المجلس في المكان الذي خلا بإسقاط عضويته في ذات الفصل التشريعي الذي تم إسقاط عضويته فيه ،[3] والواقع أن تفسير المحكمة العليا جاء موافقاً لرغبات السلطة التنفيذية آنذاك ولا يقوم على أسس قانونية مقنعة ، الأمر الذي دفع جانباً من الفقه إلى إنكار حق المحكمة العليا بتفسير النصوص الدستورية [4] مع تسليم جانب آخر من الفقه "أن الدستور لا

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١١٤.

(2) أ.د. فتحي فكري، المرجع السابق، ص٢٤.

(3) يراجع في تفاصيل طلب التفسير وأسبابه:

- أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١١٥.
- أ.د. فتحي فكري، المرجع السابق، ص٢٩.

(4) في الاتجاه المعارض لحق المحكمة العليا تفسير نصوص الدستور يراجع أ.د. فتحي فكري، المرجع السابق، ص٢٥.

يخرج عن أن يكون قانوناً منظماً لسلطات الدولة بل هو رأس القوانين ، وقد استقر هذا الرأي بين الكثرة الساحقة من فقهاء القانون الخاص الذين عرضوا له في بيان مفهوم القاعدة القانونية وكذا فقهاء القانون العام"(١).

وفي ظل هذا الخلاف الفقهي وفي ظل سوء استخدام السلطة السياسية لطلبات التفسير المتعلقة بالدستور فقدت المحكمة العليا هذا الاختصاص بنص القانون المتعلق بإنشاء المحكمة الدستورية العليا (٢) وهو ما نشير إليه لاحقاً في ظل المحكمة الدستورية العليا.

هذه كانت أهم الاختصاصات المناطة بالمحكمة العليا ، ونشير هنا إلى باقي الاختصاصات بإيجاز شديد لعدم تعلقها بموضوع البحث والدراسة.

الاختصاص الثالث: وقف تنفيذ الأحكام:

نصت الفقرة الثالثة من المادة رقم (٥) من القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م على أن تختص المحكمة "بالفصل في طلبات وَقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم المشكلة للفصل في منازعات الحكومة والقطاع العام" وذلك متى كان من شأن تنفيذ هذه الأحكام الإضرار بالخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة.

هذا الاختصاص مستحدث ، ذلك أن أحكام هيئات التحكيم في المنازعات المشار إليها كانت أحكاماً نهائية لا معقب عليها، ونظراً لما قد يترتب على تنفيذ هذه الأحكام من أضرار بأهداف الخطة الاقتصادية أو الإخلال بسير المرافق العامة فقد أجاز القرار للخصم المحكوم عليه طلب وقف تنفيذ الحكم على أن يقدم طلب وقف التنفيذ من النائب العام بناء على طلب الوزير المختص(٣) وللمحكمة

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١١٥.

(2) جاء نص المادة المتعلقة باختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص القانونية في المادة ٢٦ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩م على النحو التالي: "تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها".

(3) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١١٥.

أن تقضي في هذه الطلبات إما بوقف تنفيذ الأحكام أو تعجيل تنفيذها أو رفضها، وفي الحالة الأولى يجب عليها أن تتصدى للموضوع وتفصل فيه.

الاختصاص الرابع: الفصل في تنازع الاختصاص:

نظراً لتنوع الهيئات القضائية فقد أناط القانون بالمحكمة العليا الفصل في مسائل تنازع الاختصاص [١] بين جهات القضاء المختلفة، وحلت المحكمة العليا في هذا الاختصاص محل محكمة تنازع الاختصاص التي كانت تشكل من أعضاء من محكمة النقض وأعضاء من المحكمة الإدارية العليا ، وقد وجد إسناد هذا الاختصاص للمحكمة العليا ترحيباً من فقهاء القانون الدستوري باعتبار أن الخلاف حول موضوع الاختصاص ضار أبلغ الضرر بمصالح الجمهور وقد يفوت عليه حقوقاً هامة ثابتة [٢].

كانت هذه الاختصاصات التي أسندها القرار بقانون إلى المحكمة العليا ، والملاحظ عليها أنها مذكورة على سبيل الحصر، كما أن اختصاص المحكمة بمحاكمة رئيس الدولة والوزراء قد غيب تماماً كما كان مقترحاً من لجنة الخمسين ولم يكن من المتصور أن يوكل رئيس الجمهورية إلى محكمة ينشئها بقرار صادر منه ويجعل من صلاحياتها محاكمته أو وزرائه.

ونأتي هنا للحديث عن طرق رفع الدعوى أمام المحكمة العليا في الفرع الرابع.

---

(1) الفقرة ٤ من المادة ٤ من القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م الخاص بإنشاء المحكمة العليا.

(2) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١١٦.

الفرع الرابع

طرق رفع الدعوى أمام المحكمة العليا

سبق الإشارة إلى الظروف التاريخية التي نشأت فيها المحكمة العليا وأن الهدف منها كان الحد من الرقابة على دستورية القوانين تحت مبرر منع تضارب الأحكام وتوحيد الجهة التي تفصل في قضية على هذا القدر من الأهمية ، ولذا ما فتئ القرار بقانون من الأخذ بطريق الطعن الذي يضيق من الرقابة على دستورية القوانين ، وبالتالي اتصال المحكمة العليا بالدعوى الدستورية في أضيق الحدود.

وهنا لن نشير إلى أساليب رفع الدعوى الدستورية ضد القوانين المخالفة له لأن ذلك أمر سنفرد له فصلاً لاحقاً ، ولكن هنا نبين الطريق الذي رسمه القرار بقانون لرفع الدعوى الدستورية وحسب أمام المحكمة العليا.

ومع أن الفقه الدستوري يشير إلى أن هناك ارتباطاً وثيقاً بين طريقة تنظيم الرقابة على دستورية التشريع من ناحية وطريقة الطعن فيه وإثارة المشكلة الدستورية من ناحية أخرى [1]- فإن الاصل في ظل نظام لامركزية الرقابة هو إبداء الدفع الفرعي أمام جهات القضاء المختلفة، أما في ظل مركزية الرقابة فإن الأصل هو أسلوب الدعوى الأصلية [2]، وإن اختلفت الدساتير في الأخذ بأكثر من أسلوب [3]- إلا أن المشرع المصري في ظل المحكمة العليا قد أخذ بفكرة مركزية الرقابة على دستورية القوانين مع حصر الطريق لرفع الدعوى الدستورية بأسلوب واحد فقط وهو الدفع الفرعي.

فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (٤) من قرار إنشاء المحكمة العليا أن "تختص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم، وتحدد المحكمة التي أمامها الدفع للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا، ويوقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى

---

(1) أ.د. عثمان الصالح، مرجع سابق، ص٦٥٦.

(2) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٣٢- ١٣٩.

(3) أ.د. عثمان الصالح، النظام الدستوري، مرجع سابق، ص٦٥٦. أنظر في تفاصيل طرق الطعن المختلفة بعدم الدستورية الفصل الثاني من الباب الثاني ص   من هذه الرسالة.

تفصل المحكمة العليا في الدفع ، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن".

وواضح من نص المادة أن المحكمة المنظورة أمامها القضية الأصلية دورها سلبي وليس لها أي سلطة [1] تجاه الدفع ، وما عليها إلا وقف الدعوى وإعطاء مهلة للطاعن ليرفع فيها الطعن بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا ما لم يسقط حقه، كما أن الدفع الفرعي هو الأسلوب الوحيد الذي يمكن عن طريقه تحريك الدعوى فلم يأخذ القانون بأسلوب الإحالة [2] من قبل المحكمة نفسها ولا بالدعوى الأصلية ، وبهذه الطريقة ليس لصاحب الشأن أن يهاجم القانون مباشرة وإنما عليه أن ينتظر لحين تطبيقه عليه في أية دعوى ، وعندئذ يدفع بأن القانون مخالف للدستور أمام محكمة الموضوع [3].

ولما كان حق رفع الطعن بعدم الدستورية وإبداء الدفع بعدم الدستورية متروكاً بيد الأفراد فقد يستغل البعض هذا الحق فيعطل الفصل في القضايا بإبدائه دفوعاً قد تكون غير جدية ، الأمر الذي اعتبره جانب من الفقه [4] عيباً تلافاه المشرع بإصدار قانون الإجراءات[5] فنص الأخير في مادته الأولى أن ترفع طلبات الفصل في دستورية القوانين إذا (ما قدرت المحكمة المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية جدية الدفع) وبمقتضى هذا النص إذا ما دفع أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية قانون من القوانين فإنه لا يحيله إلى المحكمة العليا بصورة آلية تلقائية[6] بل من حقه أن يتأكد من جدية الدفع.

ويقصد بالجدية أن يتحقق القاضي من أن الدفع لا يقصد منه الكيد أو إطالة أمد النزاع ، ويتحدد ذلك بالتأكد من مسألتين أساسيتين: أولهما: أن يكون الفصل في مسألة الدستورية مؤثراً ومنتجاً، بمعنى أن يكون القانون متصل

---

(1) د. هشام فوزي، مرجع سابق، ص١٦٠.

(2) د. عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص٣١٨.

(3) د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٨٢. أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٣٨.

(4) د. هشام فوزي، مرجع سابق، ص١٦٠.

(5) وهو القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠م بشأن الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا.

(6) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٩٥.

بموضوع النزاع ومحتمل التطبيق في القضية وأن الحكم بعدم الدستورية سيفيد منه صاحب الشأن، وثانيتهما: أن يتبين للقاضي شبهة عدم مطابقة القانون للدستور[1].

أما إذا ثبت للقاضي على وجه اليقين أن القانون لا شبهة في دستورية فإن من حقه أن يرفض الدفع وأن يفصل في الموضوع ، [2] وفي هذه الحالة يمتنع على مقدم الدفع الطعن أمام المحكمة العليا بعدم الدستورية وإن كان من حقه الطعن على قرار المحكمة بعدم الاستجابة لدفعه بالطرق المقررة، أي بالاستئناف أو النقض [3]، بيد أن الإشكال يبدوا قائماً فيما لو كان الدفع مقدماً أمام المحكمة العليا [4] (محكمة النقض) أو المحكمة الإدارية العليا ، حينها إذا لم تستجب المحكمة للدفع ولم يتبين لها جديته فإن الطعن هنا على قرار المحكمة العليا متعذر باعتبارها أعلى محكمة في السلم القضائي الإداري أو العادي (بالنسبة لمحكمة النقض)، وباعتبارها محكمة قانون من الواجب عليها الفصل في أي القوانين يجب أن يطبق على النزاع سيتعذر أمامها الحكم بعدم الدستورية نظراً لانتزاع الاختصاص من جميع المحاكم ونقله إلى المحكمة العليا دون غيرها.

---

(1) د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣١٩.

(2) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٩٥.

(3) المرجع السابق، ص٢٩٥.

(4) تأسيسا على أن النص ورد عاماً مطلقاً فإن الدفع بعدم الدستورية يعتبر من الدفوع التي يجوز ابداؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى. أنظر في هذا أ.د. رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص٢٩٩. ومع تأكيد الفقه لجواز ابدأ الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض إلا أن محكمة النقض جرى قضاؤها على أن الدفع بعدم دستورية القوانين غير متعلق بالنظام العام ومن ثم لاتجوز إثارته لأول مرة أمامها وإن كانت قد أجازت لنفسها حق الإحالة التلقائية إلى المحكمة الدستورية وهو ما ينتقده جانب من الفقه وكذا ما انتقدته المحكمة الدستورية العليا ،لاحقا سيشار إلى التفاصيل في المبحث الخاص بالدفع ص من هذه الرسالة. يراجع: د. عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص١٣١ وما بعدها.

ولذا يذهب جانب من الفقه إلى أن الاتجاه الذي سار فيه قانون الإجراءات يتضمن تضييقاً لطرق الرقابة على دستورية القوانين (١) وإن كانت حكمته ظاهرة- باشتراط الجدية- حتى لا تغرق المحكمة العليا بسيل من الطعون الكيدية (٢) إلا أنه مع ذلك يخل بمبدأ مركزية الرقابة (٣) الذي هدف قانون المحكمة العليا إلى الأخذ به (٤).

ومع تحقيق مبدأ مركزية الرقابة بإعطاء قاضي الموضوع سلطة في بحث جدية الدفع من عدمه لم يشر القانون إلى طريقة الإحالة من المحكمة من تلقاء نفسها ، الأمر الذي يعني أن المحاكم بمختلف درجاتها إذا لم يدفع أمامها بعدم الدستورية وتبين لها عدم دستورية نص قانون أو لائحة لا يمكن لها أن تفصل فيه ولا أن تحيله من تلقاء نفسها ، وبهذا يتم التضييق مجدداً على رقابة دستورية القوانين في ظل المحكمة العليا وهو الأمر الذي دفع جانباً من الفقه إلى نقد اسلوب الدفع الفرعي منفرداً كوسيلة للدفع بعدم الدستورية وإعطاء المحاكم سلطة الإحالة الذاتية ، (٥) وهو ما سيأخذ به المشرع في ظل المحكمة الدستورية العليا لاحقاً ، وبهذا يتجدد دور الفقه في تنظيم إقرار الرقابة على دستورية القوانين ، كما يتجدد دور القضاء في ظل المحكمة العليا من خلال فرض اختصاصها بالرقابة على دستورية اللوائح دون نص لتتحول إلى نص دستوري كما سيتبين ذلك لاحقاً.

ونأتي هنا لبيان أثر الحكم الصادر من المحكمة العليا في الفرع الخامس على النحو التالي.

---

(1) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٩٥.

(2) د. هشام فوزي، مرجع سابق، ص١٦٠. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٢٩٥.

(3) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٤.

(4) أ.د. رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص٢٩٥.

(5) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٩٩. أنظر في نقد اتجاه القانون في ظل المحكمة العليا:

١- أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٤.

٢- هشام فوزي، مرجع سابق، ص١٦١.

الفرع الخامس

أثر الحكم الصادر من المحكمة العليا

نتحدث في هذا الفرع عن أثر الحكم الصادر من المحكمة العليا في ظل قرار انشائها وقانون الإجراءات ، تاركين الحديث عن تفاصيل آثار أحكام المحاكم الدستورية بشكل عام في فصل لاحق.

وفي البداية نشير إلى أن من مقتضيات أو مسلمات مبدأ اللامركزية القضائية في الرقابة على دستورية القوانين عدم تقرير الحجية المطلقة للحكم الصادر من محكمة الموضوع فيما يتعلق بدستورية القانون من عدمه، وهذا أمر منطقي حتى لا تلزم المحكمة باجتهادها المحاكم الأخرى دون نص قانوني يقرر هذه الحجية المطلقة، وعلى خلاف ذلك يفترض- حال قيام جهة معينة بالقانون للفصل في دستورية قانون ما دون غيرها- أن يعطى للحكم الصادر الحجية المطلقة وبالتالي هجر مبدأ الحجية النسبية للأحكام اتساقاً مع الأخذ بمبدأ مركزية الرقابة واعتماداً على أن "القاعدة العامة أن الأحكام القضائية- عدا ما استثني منها بنص صريح- ذات أثر نسبي" [1]، ومع ذلك فقد جاء قانون إنشاء المحكمة العليا خالياً من أي نص يبين ما يترتب على حكم المحكمة العليا في صدد دستورية القوانين من آثار.

وإن كان القانون قد نص في المادة (١٣) على أن "أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن" فقد فتح بهذا باب الخلاف الفقهي حول مدى التزام المحاكم بالحكم الصادر بشأن الدعوى الدستورية، فذهب فريق من الشراح إلى أن المنازعة في دستورية القوانين هي منازعة عينية وبالتالي يجب مد أثر الحكم وتقرير الحجية المطلقة اتساقاً مع مبدأ مركزية الرقابة ، [2] في حين ذهب إتجاه آخر إلى إثبات الحجية النسبية للحكم

([1]) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٢. ومزيد من تفاصيل أثر الحكم يراجع: عبدالمنعم عبدالعظيم جبره، آثار حكم الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٠، ص٤٥.

([2]) في هذا الاتجاه: أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٠٤.

- أ.د.رمزي الشاعر،النظرية العامة للقانون الدستوري،القاهرة،١٩٧٠، ص٢٩٦.=

انطلاقاً من عدم وجود نص قانوني يجيز للمحكمة إلغاء ، القانون واعتماداً على أن تقرير الحجية النسبية يتوافق مع مبدأ الدفع الفرعي الذي أخذ به قانون المحكمة العليا ، وأن الحجية المطلقة لا يمكن أن تتقرر إلا بالدعوى الأصلية التي تستهدف القانون وتلغي أي أثر له (١)، وقد تدخل المشرع لحسم هذا الجدل الفقهي وأصدر قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا رقم (٦٦) لسنة ١٩٧٠م ونصت المادة (٣١) منه على أن "تكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين ملزمة لجميع جهات القضاء" وبالتالي فإن حكم المحكمة العليا الصادر بتقرير عدم دستورية قانون معين يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق هذا القانون وإن بقى القانون من الناحية النظرية المجردة قائماً حتى يلغيه أو يعدله المشرع ، إلا أنه يفقد قيمته من الناحية التطبيقية لأن جميع المحاكم سوف تمتنع عن تطبيقه إذا ما دفع أمامها بعدم دستوريته في قضية أخرى (٢).

ومن الواضح أن قانون الإجراءات أراد منه المشرع أن يقرر لأحكام المحكمة العليا الحجية المطلقة ، وتأكيداً على ذلك الزم القانون نشر منطوق هذه

- د. عمر أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢٠٠٢، ص٢١.
- د. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص١٥١.
- د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، ١٩٨٨، ص٤٥٩.
- د. محمد ماهر أبو العينين، الموسوعة الدستورية، الكتاب الثاني، إجراءات الدعوى الدستورية، ١٩٩٧، ص١٩٧.
- د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، أسيوط، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م ، ص٥٦٥.

(1) في هذا الاتجاه: أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٥.
- د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص١٢٣.
- د. مصطفى كمال وصفي، طبيعة اختصاصات المحكمة العليا، ص١٧.
- د. علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية والأجنبية، رسالة دكتوراه، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، ط١ ٢٠٠١، ص٥٥٨.

(2) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٠٤. د.عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٢.

الأحكام في الجريدة الرسمية ، وذلك تداركاً لما أغفله قرار إنشاء المحكمة العليا ، ولذا فقد وجه جانب من الفقه الانتقاد إلى هذا القانون على اعتبار أن (تقرير الحجية المطلقة للأحكام) ليس مكانه قانون الإجراءات وإنما يكون مكانه الطبيعي قانون الموضوع ، ويرجع هذا التناقض إلى العجلة التي تم بها إصدار قانون المحكمة العليا [(١)].

وهذا ما قررته المحكمة العليا فيما قضت به "من أن شأن الدعوى الدستورية ليس شأن الدعاوى العادية ، لأن الخصومة فيها إنما توجه ضد النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري ، ومن ثم فهي خصومة عينية وتكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بعدم دستورية نص تشريعي معين ملزمة لجميع جهات القضاء"[(٢)].

والسؤال المثار هنا: هل تلتزم المحكمة العليا نفسها بهذا المسلك في أحكامها؟ فمن خلال تتبع أحكام المحكمة العليا نجدها- في بادئ الأمر- قد اتجهت إلى التمييز بين حجية الحكم الدستوري في حال الحكم بعدم الدستورية وبين حجيته في حال رفض الدعوى وإقرار دستورية النص المطعون بعدم دستوريته.

وقد عرض هذا الأمر أمام المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم (٨) لسنة ٣ قضائية والتي طعن فيها بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (٥٠) لسنة ١٩٦٩م بتعيين حد أقصى لملكية الأسر والفرد في الأراضي الزراعية وما في حكمها ، وكذا القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٦٧م بتفويض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون، على الرغم من أن المحكمة سبق لها أن قضت في دعوى أخرى برفض الطعن بعدم دستورية هذين التشريعين ، وفي هذه الدعوى دفعت الحكومة باعتبار الخصومة منتهية تأسيساً على أن الدعوى الدستورية دعوى عينية، وأن المحكمة لا تتقيد بالأسباب التي يبديها

([1]) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٤.

([2]) المحكمة العليا بجلسة ١٩٧٥/٣/٨، في القضية رقم ٢ لسنة ٢ قضائية عليا، وحكم المحكمة العليا بتاريخ ١٩٧٦/٤/٣ في القضية ٤ لسنة ٥ قضائية عليا، مجموعة أحكام المحكمة العليا، ج الأول، ص٤٠٣.

وكذا ما رددته المحكمة العليا في حكمها بجلسة ١٩٧٧/٢/٥ في القضية ١٦ لسنة ٧ قضائية عليا، مجموعة أحكام المحكمة العليا- ج الثاني، ص٤٣.

الطاعن، ولها أن تستظهر أسباباً أخرى، بحيث تبسط رقابتها كاملة في هذا الشأن، ومن ثم يكون الحكم الصادر حجة على الكافة سواء كان بعدم الدستورية أو بالدستوريه من خلال رفض الطعن.

بيد أن المحكمة العليا لم تلتزم بهذا المذهب واتجهت إلى رفض إضفاء الحجية المطلقة على الأحكام الصادرة برفض الدعوى وحاولت تأسيس حكمها بحجج منها "أن الحكم الصادر برفض الطعن لا يمس التشريع المطعون فيه ويظل قائماً رغم صدوره..." و"أن النص على نشر الأحكام لا يعدو أن يكون إعلاناً لمنهج المحكمة في الرقابة كي يستهدى به عند إثارة الطعون بعدم الدستورية" و"أن من المسلم به في دعوى إلغاء القرارات الإدارية وهي مماثلة في طبيعتها للدعوى الدستورية أن الحجية المطلقة مقصورة على الأحكام التي تصدر في هذه الدعوى للإلغاء و أما الأحكام برفض الطعن فليس لها سوى حجية نسبية بين أطراف النزاع"(١).

والواقع أن ماذهبت إليه المحكمة محل نقد شديد من فقهاء القانون وكان- بحق- مثار انتقاد الفقه الراجح في هذا الشأن. إذ ذهب البعض إلى أن المادة (٣١) من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا قد وردت عامة ولم تفرق بين الأحكام الصادرة بعدم الدستورية وتلك الصادرة برفض الدعوى (٢). والأمر الثاني أن كون الدعوى الدستورية هي دعوى عينية شأنها شأن دعوى الإلغاء لا يبرر مطلقاً أن يعامل القرار الإداري معاملة النص التشريعي، لأن القرار

---

(1) مجموعة أحكام المحكمة العليا- الجزء الأول، ص٢١٥ في الدعوى رقم ٨ لسنة ٣ قضائية عليا دستورية- جلسة ١٩٧٥/٣/١م ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا- الجزء الثاني، ص١٨ وما بعدها بتاريخ ٦فبراير١٩٧٨م.
هذا الحكم بتفاصيله منشور في د. عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم دستورية النصوص التشريعية، مرجع سابق، ص٢٨. ومشار إليه في د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مرجع سابق، ص٦٠٧. د. يحيى الجمل، القضاء الدستور بمصر، مرجع سابق، ص٢٢٤.

(2) أ.د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مرجع سابق، ص٦٠٨. د. عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم دستورية النصوص التشريعية، مرجع سابق، ص٢٩. د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٨٠.

الإداري قد يكون صحيحاً بالنسبة لفرد ولا يكون صحيحاً في الوقت نفسه بالنسبة لفرد آخر، ولكن النص التشريعي العام المجرد يلحقه العيب في ذاته إن وجد ذلك العيب ويبرئ ذاته من العيب عندما ينتفي ذلك العيب، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن قول الحكم السالف الإشارة إليه إن نشر الأحكام الدستورية في الجريدة الرسمية لا يعدو أن يكون إعلاناً لمنهج المحكمة كما لو كانت المحكمة الدستورية تعلن عن مناهج ولا تصدر أحكاماً ، وكما لو كانت الجريدة الرسمية كتاباً في الفقه وكل هذا غير صحيح [1] ومن البديهي الإشارة إلى أن نقد مسلك المحكمة العليا هذا متوقفُ على رفض الدعوى على أساس موضوعي ، أما إذا كان الرفض وعدم قبول الدعوى لسبب شكلي فلا محل لهذا النقد ولا سبيل للقول بإلزام أي محكمة بما فيها المحكمة العليا بالحكم الصادر برفض الدعوى لأسباب شكلية ما لم تتعرض المحكمة خلالها لجوهر القانون من الناحية الموضوعية [2].

وبهذا ننهي حديثنا عن أثر الحكم في ظل قضاء المحكمة العليا ، ونأتي للحديث عن أهم الاتجاهات التي تبنتها المحكمة العليا في الفرع السادس والأخير ، والذي ننهي به الحديث عن المحكمة العليا برمتها ونطوي صفحاتها لنبدأ الحديث عن المحكمة الدستورية العليا.

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص٢٢٥.

(2) في تفاصيل أسباب الرفض من الناحية الشكلية يراجع: د. عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص٣٨٢. د.عمرو أحمد حسبو، مرجع سابق، ص٢٤. وأهم الأسباب المتعلقة بالشكل تخلف شرط الميعاد أو شرط المصلحة أو خلو صحيفة الطعن من توقيع محام مقبول للمرافعة، أو أن تكون خالية من بيان النص التشريعي محل الطعن، أو النص الدستوري محل المخالفة.

الفرع السادس

أهم الاتجاهات التي اقرتها المحكمة العليا

نشير في هذا الفرع إلى أهم الاتجاهات القضائية للمحكمة العليا ، والتي قررتها أثناء مباشرتها للرقابة على دستورية القوانين ، والمتمثلة أساساً في مد رقابتها إلى اللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية ، وكذا موقف المحكمة العليا من التفويض التشريعي وذلك على النحو التالي:-

أولاً: موقف المحكمة العليا من رقابة اللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية:

لاحظنا في السابق أن القضاء المصري خول لنفسه- دون نص قانوني- الرقابة على دستورية القوانين ، وجعل ذلك حقاً يمارسه وأرسى بذلك عرفاً قضائياً التزمت به سائر المحاكم بمختلف درجاتها إلى أن جاء القانون مانعاً مختلف المحاكم من الرقابة على دستورية القوانين بعنوان تنظيمها تحت سلطة المحكمة العليا دون غيرها.

وعندما جاء القانون نص في المادة الرابعة على اختصاص المحكمة العليا (في الفصل في دستورية القوانين) ، ومن ثم أثير البحث حول ما إذا كان المقصود بالقوانين هنا القوانين بمعناها الموضوعي الواسع ، أم يقصد بها القوانين بالمعنى الشكلي، خاصة وأن المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة العليا خلت من أية إشارة في هذا الصدد [1].

وبدورها خولت المحكمة العليا لنفسها الحق في رقابة اللوائح دون نص قانوني ، ومع اعتراض غالبية الفقه على مسلك المحكمة العليا فقد أسست أحكامها المتتالية بهذا الخصوص اعتماداً على أن "الرقابة على دستورية القوانين غايتها صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه، ولا يتحقق هذا الغرض على الوجه الذي يعنيه قانون المحكمة العليا في مادته الرابعة ، إلا ببسط رقابتها على التشريعات كافة، الأصلية منها والفرعية ، ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعاً، بل إن هذه المظنة أقوى في التشريعات الفرعية

---

(1) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٠.

منها في القوانين التي يتوافر لها من أوجه دراستها وبحثها ما لايتوافر للوائح التي ينظم بعضها حريات المواطنين وأمورهم اليومية، خاصة وأن اللوائح تعتبر قوانين من حيث الموضوع وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية"[1].

كما أكدت اتجاهها هذا بحجة أنه "لو قيل بأن الرقابة القضائية لهذه المحكمة لا تتناول اللوائح المشار إليها لعاد الأمر كما كان إلى المحاكم جميعاً تقضي في الدفوع التي تقدم إليها بعدم دستوريتها بأحكام قاصرة غير ملزمة يناقض بعضها البعض".

مسلك المحكمة العليا هذا لم يجد ترحيباً في الأوساط الفقهية ولاحتى القضائية فلم تقبل جهة القضاء العادي بالولاية التي بسطتها المحكمة العليا على دستورية اللوائح ، [2] فقد خلص الحكم الصادر عن الدائرة المدنية والتجارية بمحكمة النقض في الطلب المقيد بجدولها (برقم ٢١ سنة ٣٩ قضائية) إلى تقرير انعدام القرار بقانون رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية، [3] مقيمة حكمها في ذلك على دعائم حاصلها أن دائرة المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض هي التي تختص دون غيرها بالفصل في كافة الطلبات التي يقدمها رجال القضاء في شأن من شئونهم الوظيفية (وأن نص المادة (٤) من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٨١م الصادر بإنشاء المحكمة العليا، وكذلك نص المادة (٣١) من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠م الخاص بالرسوم والإجراءات أمامها لا

([1]) القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، الجزء الأول، طبعة ١٩٧٧، ص١٦-١٧. الحكم الصادر في ٣ يوليو ١٩٧١، في القضية رقم ٤ لسنة ١ قضائية. وتتابعت أحكام المحكمة العليا في نفس الاتجاه، ومنها الحكم في القضية رقم ١٤ لسنة ٤ قضائية عليا والمنشور بمجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، والصادر بتاريخ ٣ إبريل ١٩٧٦م.

([2]) المستشار الدكتور/ عوض المر، الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص٢١٢.

([3]) وهو المعروف بمذبحة القضاء وسبق الإشارة إليه.

يخولانها غير الفصل في دستورية القوانين، ولا كذلك كل قرار بقانون يصدر عن رئيس الجمهورية) [١].

وإذا كان هذا هو موقف محكمة النقض في شأن تأكيدها على اختصاصها- دون المحكمة العليا- بالفصل في دستورية اللوائح دون القوانين ، فإن المحكمة الإدارية العليا لم تقبل كذلك أن تتولى المحكمة العليا تفسير الدستور تفسيراً ملزماً [٢] انطلاقاً من أن اختصاص المحكمة العليا منحصر في رقابة دستورية القوانين وتفسيرها دون غيرها من القواعد القانونية الأعلى منها (الدستور) والأدنى منها (اللوائح).

وبالرغم من وجاهة الأسانيد والأسباب التي عولت عليها المحكمة العليا في إقرارها لمد اختصاصاتها بالرقابة على اللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية باعتبارها قوانين من الناحية الموضوعية إلا أنه لايمكن إغفال قوة الحجج التي أستند إليها الفقه المعارض لاختصاص المحكمة العليا برقابة دستورية اللوائح

---

(1) الحكم المشار إليه بعاليه وقد جاء في حيثياته (إذا كان عزل القضاة من وظائفهم من المسائل التي لايجوز تنظيمها إلا بقانون لابقرار بقانون، وكان القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م المشار إليه قد نص على أن يعتبر رجال القضاء الذين لايعاد تعيينهم في جهاتهم الأصلية أو ينقلون منها إلى جهة أخرى، محالين إلى المعاش بحكم القانون، فإن هذا القرار بقانون يكون مشوباً بعيب جسيم يجعله عديم الأثر). وبهذا الحكم يقرر القضاء العادي بالرقابة على مشروعية ودستورية اللوائح وينكر حق المحكمة العليا من مد رقابتها إلى اللوائح صراحة.

(2) وقد اعتمدت المحكمة الإدارية العليا في إنكارها على مسلك المحكمة العليا من خلال تحديد اختصاص المحكمة العليا بتفسير نصوص (القانون) ومؤدى ذلك أن القانون بمعنى الكلمة هو محل رقابتها وأن مراقبتها نصوص هذا القانون لاتكون إلا على ضوء أحكام الدستور ومن ثم تكون كلمة (القانون) الذي تفصل المحكمة العليا في دستوريته هي ذاتها كلمة (القانون) الذي تفسر نصوصه تفسيرا تشريعيا. مؤكدة بحكمها المشار إليه أن اختصاص المحكمة العليا ينحصر في القانون بالمعنى الشكلي أي الصادر من السلطة التشريعية وحسب. حكم المحكمة الإدارية العليا- الصادر في ٩ إبريل ١٩٧٧ في القضية رقم ٣٤٠ لسنة ٢٣قضائية عليا، والحكم الصادر بجلسة ٢٩ مارس ١٩٧٧م في الدعوى رقم ٨٢٩ لسنة ٣١قضائية.

حتى مع وجود نص بالقانون يمنحها ذلك الحق اعتماداً على أن (اللوائح بحكم كونها تصدر عن السلطة التنفيذية يجب أن تخضع في رقابة مشروعيتها عموماً لنفس القضاء الذي يفصل في مشروعية القرارات الإدارية الفردية)، [1] وأن (المشكلة الرئيسية التي يثيرها موضوع الرقابة على دستورية القوانين تكاد تنحصر في مشكلة تحديد الجهة التي يكون لها حق إبطال القوانين الصادرة من السلطة التشريعية ، بما للأخيرة من مكانه عليا في الدولة)[2]، ناهيك عن أن مجرد إنشاء محكمة خاصة للفصل في دستورية القوانين يقضي بالضرورة قصر ولايتها على القوانين بالمعنى الشكلي، وأن أي محاولة لإدراج اللوائح الإدارية تحت مدلول القانون الذي تختص المحكمة العليا وحدها بالنظر في دستورية هي محاولة مقضي عليها بالفشل لمجافاتها لطبيعة الرقابة على دستورية القوانين [3].

ومن البديهي أن من ينتقد اختصاص المحكمة العليا برقابة دستورية اللوائح يعول على القضاء الإداري [4] ويدافع عن اختصاصه بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية وما يصدر عنها، باعتبار أن قواعد الاختصاص القضائي تحكمها طبيعة المنازعة وطبيعة الأعمال القانونية مثار النزاع دون أن تتأثر بأوجه الدفوع المثارة.

فالدفاع هنا هو دفاع عن اختصاص القضاء الإداري ، والنقد هنا متعلق بالصعوبات التي تعتري طريقة الطعن بعدم الدستورية أمام القضاء الدستوري ،

---

(1) أ. د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٨.

(2) المرجع السابق، ص١٥٨.

(3) المرجع السابق، ص١٥٨.

(4) المتتبع لموقف الفقه الدستوري يرى أن أكثر الفقهاء مواجهة لاختصاص المحكمة العليا برقابة اللوائح هو الدكتور ثروت بدوي والذي انكر مسلك المحكمة العليا ودافع عن إخراج اللوائح من ولاية رقابتها في مشروع الدستور الصادر عام ١٩٧١م واقتناع جميع المشاركين في صياغة الدستور إلا أنه فوجئ بإنزال المشروع متضمناً اختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة القوانين واللوائح. يراجع ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٦١. أما موقف الفقه المؤيد لاختصاص المحكمة العليا فيمكن الرجوع إلى: د.عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص١١٥.

والتضييق على الرقابة المتعلقة باللوائح إذا ما علمنا بانحصار طريقة اتصال المحكمة العليا عن طريق الدفع الفرعي.

ومع كل ذلك فقد جاء دستور ١١ سبتمبر ١٩٧١م مقرراً إنشاء محكمة دستورية عليا تتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، مرجحاً كفة مسلك المحكمة العليا ومنهياً بذلك خلافاً فقهياً مايزال يجد مبرراً له في ظل وجود قضاء إداري متخصص. وحيث لا وجود للقضاء الإداري المتخصص في بلدان مثل اليمن فلا يمكن الإنكار على جمع المحكمة العليا لاختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح والقرارات كما سنرى لاحقاً في هذه الدراسة.

ثانياً: اتجاه المحكمة العليا بالرقابة على التفويض التشريعي:

الأصل أن تقوم كل سلطة بوظيفتها التي حددها الدستور سلفاً وأن لا تجعل هذه الوظيفة إلى غيرها من السلطات، والتفويض في السلطة- بنص في الدستور- هو من قبيل الخروج على الأصل العام في قيام كل سلطة بوظيفتها، ومن ثم فإن هذا التفويض يظل في حدود الاستثناء الذي يجب أن لا يتوسع في تفسيره، ولذا فإن التفويض الكامل غير متصور ولا يتوافق مع القواعد والمبادئ الدستورية العامة [1].

ومن خلال المبادئ السابقة درجت الدساتير على تحديد ضوابط التفويض التشريعي ووضعت قيوداً خاصة له [2].

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١٢١ بتصرف.

(2) في مصر تضمنت بعض دساتيرها أحكام التفويض التشريعي، فنصت المادة ١٢٠ من دستور ١٩٦٤م على أن (لرئيس الجمهورية في الأحوال الاستثنائية بناءً على تفويض مجلس الأمة أن يصدر قرارات لها قوة القانون ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها). وهو ذات الحكم الذي كانت تنص عليه المادة ١٣٦ من دستور ١٩٥٦م، وإمعاناً في الحيطة أضاف دستور سنة ١٩٧١م إلى هذه القيود قيدين آخرين- فأوجب في المادة ١٠٨ منه أن يكون التفويض بأغلبية خاصة (الثلثين) (وأن تعرض قرارات رئيس الجمهورية التي تصدر استناداً إليه على المجلس المذكور في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض فإذا لم تعرض

واستناداً إلى نص الدستور الصادر عام ١٩٦٤م والذي خول السلطة التشريعية تفويض رئيس الجمهورية ، أصدر مجلس الأمة في ٢٩ مايو ١٩٦٧م القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧م بتفويض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات بقوانين ، وذلك بنصه في المادة الأولى منه على أن "يفوض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتصل بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني وبصفة عامة في كل ما يراه ضرورياً لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية".

واستناداً إلى قانون التفويض هذا أصدر رئيس الجمهورية العديد من القرارات بقوانين والتي كان من بينها القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م بإنشاء المحكمة العليا ، والقرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م بإعادة تشكيل الهيئات القضائية والذي تم فيه إسقاط عدد كبير من المستشارين والقضاة وأعضاء النيابة فيما عرف بمذبحة القضاء وقد قضت محكمة النقض بإنعدام القرار رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م الخاص بإعادة تشكيل الهيئات القضائية بناءاً على سببين: أولهما يتعلق بخروج هذا القرار عن حدود التفويض الممنوح لرئيس الجمهورية، وثانيهما: يتعلق بالاعتداء على استقلال القضاء نظراً إلى أن استقلال القضاة وعزلهم أمر ينظمه القانون فلا يجوز تنظيمه بأداة أدنى مرتبة من القانون [١].

أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون). وكل ذلك ضماناً لممارسة هذا الاختصاص الاستثنائي في حدود القيود والضوابط التي وضعت له.

(١) يراجع الحكم الصادر من محكمة النقض الدائرة المدنية والتجارية في ١٩٧٢/١٢/٢١ على الطعن المقيد برقم ٢١ سنة ٣٩ قضائية المرفوع من المستشار يحيى الرفاعي الذي كان سكرتيراً منتخباً لنادي القضاة وشمله قرار العزل. في التعليق على الحكم وتأييده من الفقه أنظر: المستشار الدكتور/ عوض المر، الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص٢١٢. أ.د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية، مرجع سابق، ص٢٨٧. أ.د.يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١٢٢ .

أما القرار رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م الخاص بإنشاء المحكمة العليا فلم ينج من الطعن إلا بتبني دستور ١٩٧١م للمحكمة العليا بنص دستوري حافظ على كيان المحكمة وأغناها عن الاستناد إلى قانون التفويض (١).

أما القرارات بقوانين الأخرى الصادرة استناداً إلى قانون التفويض فقد طعن في العديد منها أمام المحكمة العليا نفسها ، وقد كان موقفها على الدوام مؤيداً لدستوريتها ، غاضة طرفها عن كل طعن متعلق بعدم الدستورية ، ومحاولة التأصيل للأسس التي يقوم عليها التفويض التشريعي ، وطبيعة ذلك التفويض متوسعة إلى مدى بعيد في تفسير الحدود التي تسمح بتفويض رئيس الجمهورية متكلة في الظروف الاستثنائية والتي أعقبت صدور قانون التفويض باندلاع الحرب بين مصر وإسرائيل، وكذا توسعت في إعفاء القانون من تحديد المدة مكتفية بتحديدها (خلال الظروف الاستثنائية) وكذا الموضوعات التي يجري فيها التفويض هي الأخرى بررتها (بجسامة الأخطار) التي تعرضت لها البلاد وأنها بذلك ضمن الموضوعات المتعلقة بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل إمكاناتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصادي الوطني (٢).

---

(1) جاء دستور ١٩٧١م ونص في المادة ١٩٢ على أن "تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا".

(2) يراجع في هذا الأحكام الصادرة من المحكمة العليا:- حكم المحكمة العليا بجلسة ٣ نوفمبر١٩٧٣م في الدعوى رقم ١ لسنة ٣ق دستورية، حكم المحكمة الصادر في ٥ إبريل ١٩٧٥م في الدعوى رقم ٩ لسنة ٤ق دستورية.

ودور المحكمة العليا في الرقابة على ضابط الضرورة في التشريعات الصادرة طبقاً للمادة ١٤٧ من الدستور لم يكن ثابتاً فقد تغير ذلك الدور بعد أن حلت المحكمة الدستورية العليا محل المحكمة العليا. فقد جاء في أحد أحكام المحكمة الدستورية العليا أن (قصارى القول في هذا القضاء أن رقابة البرلمان للضرورة نهائية لاسبيل إلى مراجعتها قضائيا) وهذا المبدأ لن يستقر وستعمل المحكمة الدستورية رقابتها على ضابط الضرورة في أكثر من حكم.

يراجع في هذا أ.د. فتحي فكري، القاضي الدستوري ثلاثة تحولات في خمس سنوات، مقالة بمجلة الدستورية، السنة الأولى، العدد الثالث، يوليو٢٠٠٣، ص٥٨.

ومع أنه من الصعب القول بأن إنشاء المحكمة العليا نفسها يدخل ضمن أهداف ذلك التفويض التشريعي حيث لا علاقة البتة بين أمن الدولة وسلامتها وبين إنشاء المحكمة العليا ومنع القضاء من الرقابة على دستورية القوانين ، ولا كذلك بين المجهود الحربي وما سبقه من مذبحة القضاء التي رافقت إنشاء المحكمة العليا ،إلا أن المحكمة قد بررت إصدار قرارات بقوانين أبعد من ذلك بكثير من حيث موضوعاتها والظروف التي صدرت فيها ، الأمر الذي دفع جانباً من الفقه لأن يشكك في مبررات المحكمة العليا لمذهبها هذا إلى القول بأن خلفيته تستند إلى أن المحكمة نفسها قد أنشئت بقرار بقانون استناداً إلى قانون التفويض رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧م [1].

هذه هي أهم الاتجاهات القضائية للمحكمة العليا ، وبها ننهي الحديث عن المحكمة العليا والظروف التي أنشئت فيها ، ونأتي للحديث عن المحكمة الدستورية العليا وأهم الفروق التي تميزها عن سلفها المحكمة العليا.

(1) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١٣٢.

المطلب الثالث

تشكيل القضاء الدستوري في ظل المحكمة الدستورية العليا

تمهيـــــــــــــد:

ظهرت المحكمة العليا في ظل ظروف سياسية وتاريخية قاسية ، فقد رافق نشأتها انتهاكات سافرة للحقوق والحريات طالت السلطة القضائية (فعملت في أجواء خانقة) [1]، فبعد هزيمة ١٩٦٧م التي تركت آثارها على النظام السياسي المصري على وجه الخصوص وعلى النظام العربي عموماً استحوذت السلطة التنفيذية على كافة السلطات الدستورية ، فقامت المحكمة العليا على قاعدة قانونية ضعيفة ، حيث أنشئت بقرار بقانون مستندٍ إلى قانون التفويض الذي تم بموجبه حل السلطة القضائية فيما عرف حينها (بمذبحة القضاء)، وإن كان الغرض الأساسي آنذاك من إنشاء المحكمة العليا هو الحد من رقابة القضاء- بمختلف درجاته وتخصصاته- على دستورية القوانين إلا أنها استطاعت رغم كل الظروف أن تؤتي ثمارها وأن تثبت وجودها وأن ترسخ أركان الرقابة القضائية على دستورية القوانين وتلغي بهذا أي خيار سياسي لتبني الرقابة السياسية على دستورية القوانين.

على العكس من تلك الظروف ظهرت المحكمة الدستورية العليا والتي حلت محل المحكمة العليا، ولم يقتصر التغيير على مجرد المسمى (من محكمة عليا إلى دستورية عليا) ولكن شمل هذا التغيير جوهر سند إنشاء المحكمة الدستورية العليا والذي كان هذه المرة نصاً دستورياً. فتصبح بهذا التعديل الدستوري الرقابة على دستورية القوانين جزءاً من النظام السياسي الدستوري المصري ، وتتوج في الأخير الرقابة القضائية على دستورية القوانين بنص دستوري بعد أن كانت مجرد آراء فقهية فاجتهاد قضائي فعرف قضائي ثم رقابة قضائية قائمة على قرار بقانون كانت محل طعن في ظل المحكمة العليا ، ولم يكتف الدستور الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧٩م على إضفاء الشرعية

---

(1) المستشار عوض المر، مرجع سابق، ص٢١٩.

الدستورية[1] للمحكمة العليا إلى أن يصدر قانون المحكمة الدستورية العليا ، بل أرسى بعض الملامح التي كانت المحكمة العليا قد رسختها في أحكامها مثل امتداد اختصاصها لرقابة دستورية اللوائح ، وهو ما نستعرضه في البنود التالية من حيث تشكيل المحكمة الدستورية العليا وكذا اختصاصاتها ، منوهين أننا نركز على تميزها عن المحكمة العليا دون التفاصيل الأخرى وذلك على النحو التالي:-

أولاً: سلطة التعيين:

على الرغم من خطورة المهمة الملقاة على عاتق المحكمة الدستورية فإن الدستور لم يحدد كيفية تشكيل المحكمة ، ولم يبن الشروط الواجب توافرها في أعضائها وحقوقهم وحصاناتهم وإنما ترك ذلك كله لقانون عادي [2] فقد أحال

---

(1) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٦٣. المستشار الدكتور/ حنفي علي جبالي، مقالة عنوان الرقابة على دستورية التشريع في مصر، مجلة الدستورية، العدد الأول، السنة الأولى، ٥ يناير ٢٠٠٣، ص١١.

(2) بعد صدور دستور ١٩٧١م الذي قرر إنشاء المحكمة الدستورية العليا وأحال للقانون كيفية إنشائها وكذا اختصاصاتها الأخرى، تعددت مشاريع القوانين الخاصة بإنشاء المحكمة وتأخرت أكثر من ثمان سنوات حتى صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م وفي هذه الفترة ما بين صدور الدستور في ١٩٧١م إلى إصدار قانون المحكمة تعددت المشاريع إلى درجة أن بعض الفقهاء نادي بالعدول عن فكرة المحكمة الدستورية ولوادي ذلك إلى تعديل الدستور وطالب البعض بنقل الرقابة إلى مجلس الشورى- أنظر في تفاصيل ذلك:

- د. عماد النجار، مقالة بعنوان "لماذا المحكمة الدستورية العليا" صحيفة أخبار اليوم بتاريخ ٢٣ يوليو ١٩٧٩م.
- المستشار مرزوق فكري مقالة بعنوان "إعطاء مجلس الشورى صلاحية رقابة دستورية القوانين يلغي مهمة تكوين المحكمة الدستورية العليا" صحيفة الأهرام ٢١ يوليو ١٩٧٩م. د. علي حسن نجيده، مرجع سابق، ص٣١.

كما أن بعض المشاريع قد لاقت نقداً شديداً في الأوساط القانونية حيث عيب عليها نصوصاً أهدرت من استقلال المحكمة الدستورية بعدم النص صراحة على استقلال المحكمة كهيئة قضائية. وجعل أداة التعيين بيد رئيس الجمهورية لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد وجعلت لوزير العدل الحق في الطعن أمام المحكمة الدستورية على الأحكام القضائية النهائية الأمر الذي يجعل نفاذ هذه الأحكام مرهوناً بموافقة وزير العدل ويجعل من الأحكام مجرد توصية لاتنفذ إلا بعد موافقة وزير العدل. يراجع في تفاصيل هذا: د. هشام محمد فوزي عبدالفتاح، مرجع سابق، هامش ص٦٨. د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣١٨.

الدستور في المادة (١٧٦) منه إلى القانون كيفية تشكيل المحكمة الدستورية العليا وكذا بيان الشروط الواجب توافرها في الأعضاء.

وتنفيذاً لهذه الإحالة اختار القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م في المادة الخامسة منه أن "يعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية ويعين عضو المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي[*] المجلس الأعلى للهيئات القضائية وذلك من بين اثنين ترشح أحداهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الأخر رئيس المحكمة".

وواضح من نص المادة أن تعيين جميع أعضاء المحكمة بقرارات تصدر من رئيس الجمهورية مع فارق جلي فيما يتعلق بتعيين رئيس المحكمة عن سائر الأعضاء ، حيث جعل القانون تعيين رئيس المحكمة من إطلاقات رئيس الجمهورية دون التقيد بأي شرط ، بينما يلزم أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية وذلك من بين اثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة ، وقد يلتقي ترشيح الجمعية العامة مع ترشيح الرئيس وهنا يتعين أن يصدر القرار الجمهوري بتعيين هذا المرشح الوحيد [1][2].

(*) واضح من النص أن دور المجلس الأعلى للهيئات القضائية يتوقف على إبداء رأي غير ملزم قانوناً وليست موافقة كما هو الحال عليه في اختيار أعضاء محكمة النقض والاستئناف ، يراجع: د.علي حسن نجيده، مرجع سابقن ص٣٦. د. سعد عصفور، مرجع سابق، ص٣٠٧.

(1) نصت المادة (١٩٢) من الدستوري على أن "تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا" وظل الوضع هذا حتى صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م وفي هذا الصدد قضت المحكمة الدستورية بأنه "لا إلزام على رئيس المحكمة أن يعرض على المجلس الأعلى للهيئات القضائية مرشحين اثنين لكل وظيفة خالية ولو كان من رشحته الجمعية العامة لشغلها مقبولا منه إذ لو صح ذلك- وهو غير صحيح- لكان عليه أن يعارض الجمعية العامة دوماً منحياً اختيارها ولو قام على أسس موضوعية لها معينها وهو ما لايتصور أن يكون المشرع قد قصد إليه". حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٢ق "طلبات أعضاء" جلسة ١٩٩٣/٥/١٥م، المجموعة ج٥، مجلد٢، ص٣٩٣.

(2) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري بمصر، مرجع سابق، ص١٣٨.

وفي محاولة لبيان علة التفريق بين إنفراد رئيس الجمهورية باختيار رئيس المحكمة وتعيينه بقرار جمهوري ، وبين ضرورة أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية في سائر الأعضاء بما فيهم الرئيس ، كما هو الحال عليه في اختيار رئيس محكمة النقض ومجلس الدولة ذهب جانب من الفقه(1) إلى أن قياس اختيار رئيس المحكمة الدستورية العليا باختيار رئيس محكمة النقض ورئيس مجلس الدولة هو قياس مع الفارق باعتبار أن اختيار رئيس محكمة النقض ورئيس مجلس الدولة وفقاً لقانون السلطة القضائية يتم من بين نواب الرئيس في كلٍ منهما ،أما المحكمة الدستورية فلا نواب لها، وكذلك للمواءمة بين صفة رئيس المحكمة وما أسنده إليه الدستور في المادة (٨٤) ، وهذه المادة تواجه حالة خلو منصب رئيس الجمهورية أو عجزه الدائم عن العمل وتسند الرئاسة في هذه الحالة إلى رئيس مجلس الشعب وإذا كان المجلس منحلاً حل محله رئيس المحكمة الدستورية العليا (٢).

بينما لم يجد جانب من الفقه الدستوري (٣) أي مبرر لهذا التفريق ورفض تلك المبررات التي قيلت في هذا الصدد ، ولذا يقترح جانب من الفقه أن الطريقة المثلى لاختيار رئيس المحكمة الدستورية أن يوكل الدستور- لا القانون- اختيار رئيس المحكمة إلى أعضاء المحكمة أنفسهم. باعتبار أن جميع الأعضاء حائزين على ثقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية وكذا ثقة رئيس الجمهورية نفسه ، وذلك قدوة بالدستور الإيطالي (٤).

---

(1) المستشار ممدوح عطية، وهو أول رئيس للمحكمة الدستورية العليا. أنظر في هذا: أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣١٥ هامش. أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١٣٨.

(2) هذا الحكم كان في ظل دستور ١٩٧١م، وتعديله ١٩٨١م،اما التعديل الأخير عام ٢٠٠٧ فقد جعل المكلف بالنيابة هنا رئيس الوزراء - إذا لم يكن هناك نائباً - وفقاً لنص المادة ٨٢ المعدلة.

(3) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣١٥. د. عبدالعزيز محمد سالمان مرجع سابق، ص٣٠٣.

(4) أ.د.رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣١٥. د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٥٦. د. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، ١٩٩٩، ص٤١.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى ضرورة أن يكون اختيار أعضاء المحكمة موزعاً بين السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية [1] خاصة في ظل مركزية الرقابة حتى لا تخضع المحكمة لتأثير إحدى السلطات.

ثانياً: العدد والمدة:

طبقاً للمادة (٣) أبقى القانون عدد أعضاء المحكمة الدستورية العليا غير محددٍ واكتفى بالتأكيد على أن "تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من الأعضاء" الأمر الذي يمكن السلطة التنفيذية- وهي صاحبة السلطة في تعيين الأعضاء- إمكانية زيادة العدد أو الانتقاص منه لتحقيق الأهداف السياسية.

وبدوره ينقسم الفقه الدستوري في هذا المسلك إلى مؤيد [2] ومعارض ، [3] وقد سبق الإشارة إلى الاتجاهات الدستورية في هذا الصدد ، والذي اختاره المشرع الدستوري هو جعل أداة تحديد العدد للقرار الجمهوري فلا النص الدستوري حدد ولا القانوني، وعلى أية حال فإن عدد أعضاء المحكمة الدستورية العليا في ظل القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م يتعين ألا يقل عن سبعة أعضاء وإن جاز أن يزيد على ذلك دون تحديد [4] وآية ذلك الفقرة الثانية من المادة الثالثة سالفة الإشارة والتي قررت أن (تصدر أحكام- المحكمة- وقراراتها من سبعة

---

(1) أ.د. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص١٥٧.

(2) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١٣٥.

(3) أ.د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٥٥. د. علي حسين نجيده، مرجع سابق، ص٣٥.

(4) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١٣٥. د. إبراهيم حسنين، مرجع سابق، ص٣٨.
وفقا لأحكام قانون المحكمة الدستورية العليا يتعين أن يزيد عدد أعضائها عن نصاب إصدار الحكم أو القرار من سبعة أعضاء. وذلك نظراً لما تطلبه أحكام القانون بشأن تشكيل لجنة الشئون الوقتية والمختصة بنظر التحقيق مع أعضاء المحكمة والمنسوب إليهم أي أمر من شأنه المساس بالثقة أو الاعتبار وعليها عند التأكد من الجدية التحقيق مع العضو والعرض على الجمعية العامة للمحكمة والتي تنعقد في هيئة محكمة تأديبية ولايكون من بينها أحد من أعضاء اللجنة الوقتية- وهذا ما يعني تطلب زيادة عدد الأعضاء عن سبعة- لأن القرار في الأخير يجب أن يصدر من سبعة أعضاء ليس من بينهم أعضاء اللجنة الوقتية.

أعضاء ويرأس جلساتها رئيسها أو أقدم أعضائها وعند خلو منصب الرئيس أو غيابه أو وجود مانع لديه يقوم مقامه الأقدم فالأقدم من أعضائها في جميع اختصاصاته).

هذا فيما يتعلق بالعدد ، أما ما يتعلق بالمدة فإن قانون المحكمة الدستورية العليا حقق تقدماً نسبياً وتفادى عيباً جوهرياً [1] كان يشوب تشكيل المحكمة العليا في ظل القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م وهو توقيت المدة، حيث ألغى القانون مبدأ تأقيت مدة تعيين الأعضاء ، الأمر الذي يؤكد دور الفقه في نقده لمبدأ التأقيت ودوره في تشكيل أركان الرقابة القضائية على دستورية القوانين، هذا المبدأ الذي طالما طالب الفقه بإجماع على إلغائه لأنه كان يعرض أعضاء المحكمة (لعزل دوري) ، [2] خاصة مع قصر المدة التي كانت مقررة في ظل قانون المحكمة العليا.

ثالثا: شرط التأهيل القانوني والقضائي :

سبق الإشارة في الحديث عن تشكيل المحكمة العليا الى شروط التأهيل العلمي المتعينة في أعضاء المحكمة المختصة بالفصل في دستورية القوانين.

فالمشكلة الأساسية التي تثيرها الرقابة على دستورية القوانين هي مشكلة التحقق من تطابق أو عدم تطابق القانون مع أحكام الدستور، والتعرف على ما إذا كان البرلمان قد جاوز حدود اختصاصاته التي رسمها له الدستور أو لم يتجاوزها[3].

ومن المنطقي في هذه الحالة أن يعهد بالنظر في هذه المشكلة القانونية إلى جهة قضائية وهذا ما اختاره المشرع القانوني المصري في ظل المحكمة الدستورية العليا، والواقع أن المشرع القانوني لم يكن بوسعه- وقد صدر الدستور تأسيس (المحكمة الدستورية العليا) بأنها (هيئة قضائية) [4]، وأن (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية)[5]- أن يخرج عن نطاق الرقابة القضائية وعن شروط تولي القضاء فيها ولا يمكنه الحيدة عن شروط تولي

---

(1) د. عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص٣٠٣.

(2) د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١١٢.

(3) راجع رافيير، القانون الدستوري، ص٣١٢. نقلاً من أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٢٧.

(4) المادة ١٧٤ من دستور ١٩٧١م.

(5) المادة ١٧٥ من دستور ١٩٧١م.

الأعمال القضائية فيمن يجب أن يتولى أو تسند إليه اختصاصات المحكمة الدستورية العليا ولو كان ذلك بسند من الدستور في ظل الإحالة التي أشار إليها في المادة (١٧٦) بشأن تنظيم (القانون كيفية تشكيل المحكمة الدستورية العليا) وبيان (الشروط الواجب توافرها في أعضائها وحقوقهم وحصاناتهم) [(١)].

فهذه الإحالة لا تعطي للمشرع القانوني سلطة تقديرية واسعة في اختيار عناصر المحكمة الدستورية العليا ، بحيث تمكنه من اختيار عناصر غير قانونية وغير قضائية مادام الدستور قد قيد إنشاء المحكمة بوصفه لها بالهيئة القضائية وجعل منها (محكمة) أناط بها (الرقابة القضائية) وليس السياسة ، ولاحتى أطلق مجرد الرقابة على دستورية القوانين بحيث يترك الخيار للمشرع القانوني في اختيار الرقابة السياسية أو القضائية أو حتى مجرد التوازن بينهما عن طريق المزج بين الأسلوبين وبالتالي بين التأهيل الخاص بأعضاء الجهة الموكل إليها الرقابة على دستورية القوانين.

ونعتقد أن المشرع القانوني لو فهم من تلك الإحالة أن له أن يعدل عن خيار الرقابة القضائية في ظل نصوص الدستور أو أن يجمع في تشكيلها بين العناصر الفنية القضائية القانونية وغير القانونية [(٢)] لكان هذا القانون مخالفاً للدستور ومعرضاً للطعن بعدم الدستورية، فالوضع في ظل المحكمة الدستورية العليا لم يعد كما كان عليه في ظل المحكمة العليا، لأن الأخيرة أنشئت بقرار

---

(1) المادة ١٧٦ من دستور ١٩٧١م.

(2) البعض يشير أثناء الحديث عن شروط أعضاء المحكمة الدستورية من حيث التأهيل الفني فيقسم تلك العناصر إلى قانونية وسياسية، وكأن رجال القضاء والقانون- لا يمتون إلى المعارف السياسية بشئ من الصلة. فهل يعني أن يكون الشخص حاصلاً على المعارف القانونية ومؤهلاً تأهيلاً قضائيا أنه لا يعرف التطور السياسي والظروف السياسية؟ أم أن التأهيل غير القانوني أيا كان نوعيته هو حقيقة المعرفة بالتطور والنظم السياسية حتى ينصح البعض بأن يمزج في اختيار الهيئة الموكل إليها الرقابة على دستورية القوانين بين العناصر القانونية و(غير القانونية) والتي يسميها البعض بالسياسة تمييزا لها عن المكنة القانونية، ونرى أن غاية الأمر أن تغليب اشتراط التأهيل القانوني يؤكد على الأخذ في الاعتبار - عند الفصل في الطعن بعدم الدستورية - إلى مدى تطابق الإجراءات والقوانين الصادرة من السلطة التشريعية مع نصوص الدستور وأحكامه وكل ذلك يفترض حتماً أن يكون القائمون بمهمة الرقابة لديهم التكوين القانوني اللازم للقيام بهذه المهمة.

يراجع في تمييز العناصر القانونية عن العناصر السياسية: أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣١٩ هامش. والدكتور عثمان الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، مرجع سابق، ص٦٤٤. د. إبراهيم محمد حسنين، مرجع سابق، ص٤١.

بقانون وهو أدنى من القانون ، والدستورية استقل الدستور بتنظيم نشأتها ورسم معالمها القضائية، وإن أحال إلى القانون تنظيم كل ذلك.

هذا ما يبرر سقوط كثير من مشاريع القوانين- والتي تعددت إلى ثمانية مشاريع بشأن تنظيم وإنشاء المحكمة الدستورية العليا- كان أغلبها قد حرص على عدم النص في صلب القانون على الصفة القضائية للمحكمة [1] وبالتالي على شروط من يتولى الرقابة القضائية ، إلى أن جاء القانون (٤٨) لسنة ١٩٧٩م بعد أكثر من ثمان سنوات من صدور الدستور مؤكداً على ضرورة أن (يشترط فيمن يعين عضواً بالمحكمة أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية وألا تقل سنة عن خمس وأربعين سنة ميلادية)[2].

ومع ذلك فقد حرص القانون المشار إليه على أن يعطي سلطة تقديرية واسعة لسلطة التعيين - وهي السلطة التنفيذية - في اختيار أعضاء المحكمة من بين أعضاء المحكمة العليا وأعضاء الهيئة القضائية الحاليين والسابقين وأساتذة القانون والمحامين.

ومع أن جميع الفئات المذكورة ذات تأهيل فني قانوني وقضائي إلا أن ذلك التوسع يجعل للسلطة التنفيذية حرية الاختيار من بين تلك الفئات لإيجاد توازنات واعتبارات سياسية ، الأمر الذي يمكنها من حرية الاختيار وفقاً لهذه المعايير الفنية [3] مع ضرورة الالتزام بالحدود التي رسمها القانون والذي أوجب أن يكون (ثلث عدد أعضاء المحكمة على الأقل من بين أعضاء الهيئات

---

(1) يراجع في مشاريع القوانين التي لم تقبل: د. علي حسن نجيده، مرجع سابق، ص٣٣. أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣١٨ هامش. وكذلك محاولات مشاريع القانون من اختيار أعضاء المحكمة من قبل وزير العدل.

(2) المادة ٤ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بشأن تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

(3) ولذا تمكنت السلطة التنفيذية عندما أرادت تطعيم القضاء بوجه عام بالعنصر النسائي والقضاء الدستوري بوجه خاص تمكنت من تعيين أول قاضية في المحكمة الدستورية قبل أي محكمة أخرى فاختارت من فئات المحامين (قاضية دستورية) لعدم إمكانية ذلك الاختيار من بين أعضاء السلطة القضائية، علما أن هذا التعيين هو الأول من نوعه من بين الفئات غير القضائية ولم يسبق أن تم تعيين أي مدرس من أساتذة القانون مع كثرتهم.

القضائية)[1] وذلك حرصاً من القانون على تغليب الطابع القضائي حال الأخذ بهذه الرخصة القانونية من قبل السلطة التنفيذية [2].

رابعاً: اختصاصات المحكمة الدستورية العليا:

حدد الدستور اختصاصين للمحكمة الدستورية العليا وأحال للمشرع القانوني تنظيم هذين الاختصاصين وتحديد الاختصاصات الأخرى للمحكمة وكذا تنظيم الإجراءات اللازم اتباعها أمام المحكمة، فنص الدستور في المادة ١٧٥ على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك على الوجه المبين في القانون ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها".

وبناءً على هذه الإحالة الدستورية جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م محدداً اختصاصات المحكمة الدستورية العليا في المادتين (٢٥، ٢٦) وبإيراد هذين النصين يتبين أن اختصاصات المحكمة الدستورية دون غيرها تتحدد في المسائل الآتية:-

"أ - الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح.

ب - الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل أحدهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها.

جـ - الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها"[3].

د - تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور ، وذلك إذا

---

(1) الفقرة الأخيرة من المادة ٥ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م.

(2) في الواقع إلى الآن كل الأعضاء ينتمون في أصولهم إلى الهيئات القضائية ما عدا القاضية تهاني الجبالي والتي تم تعيينها عام ٢٠٠٣ من فئات المحامين.

(3) المادة ٢٥ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م.

أثـارت خلافـاً فـي التطبيـق وكـان لهـا مـن الأهميـة مـا يقـضي توحيـد تفسيرها"[1].

وبهـذا الـنص يتقيد اختـصاص المحكمـة الدسـتورية العليـا فـي المجـالات المـذكورة سـلفاً ، ولـم يمـنح القـانون المحكمـة الدسـتورية سـلطة محاكمـة رئـيس الجمهورية والوزراء ونوابهم كما كان متوقعاً أو كمـا طالـب بـه جانـب مـن الفقهـاء [2]، كمـا أخـرج الـنص المـذكور مـن ولايـة المحكمـة الدستورية الأمـر بوقـف تنفيـذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم والذي كان منعقداً للمحكمة العليا.

وفـي الواقـع أن الاختـصاص الـذي يهمنـا بدرجـة أساسـية هـو اختـصاص المحكمـة بالرقابـة علـى دسـتورية القـوانين واللـوائح [3] والـذي نتنـاولـه فـي الفـروع التالية على النحو التالي:-

---

(1) المادة ٢٦ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م.

(2) أ.د. رمـزي الـشاعر، مرجـع سـابق، ص٣٣١. د.هشام محمـد فـوزي، مرجـع سـابق، ص١٧٦ هامش. د. إبراهيم محمد حسنين، مرجع سابق، ص٤٦.

(3) فيما يتعلق بالاختصاص المتعلق بتفسير النـصوص القانونيـة سبق الإشـارة إلـى أن سـوء استخدام المحكمـة العليـا لهذا الاختـصاص ومـد مفهـوم (القـانون) الخاضـع للتفسير إلـى تفسير الدستور ذاته مع تغليب الاتجاهات السياسية دون مراعاة للقواعد القانونيـة قد أديـا بالفقه والقضـاء إلى نقد أسلوب المحكمة العليـا فـي تفسيرها للدستور. مـا حدى بالمشرع إلى تحديد مفهوم النصوص الخاضعة للتفسير بدءابنص الدستور ومـرورا بنص القانون الذي حـصر القـوانين الخاضـعة للتفسير بتلك القـوانين الصـادرة من الـسلطة التشريعية والقـرارات بقـوانين الـصـادرة مـن رئـيس الجمهوريـة. ولمزيـد مـن تفاصـيل اختـصاص المحكمة الدستورية بالتفسير يراجع:- أ.د. فتحي فكري، اختـصاص المحكمـة الدسـتورية العليـا بالطلـب الأصـلي بالتفـسير، مرجـع سابق، ص٢٣. د.عبـدالعزيز محمـد سـالمان، مرجع سابق، ص٣١٢.

الفرع الأول

القوانين التي تختص المحكمة الدستورية العليا برقابة دستوريتها

لا خلاف على اختصاص المحكمة برقابة دستورية كافة أنواع القوانين الصادرة من السلطة التشريعية على اختلاف أنواعها وإجراءات إصدارها، ونتناولها بالتفصيل على النحو التالي:-

١- القوانين المكملة للدستور:

لم يشر المشرع الدستوري المصري إلى مصطلح القوانين المكملة للدستور في دستوره الصادر في ١٩٧١/٩/١١م وماقبله إلى أن تم تعديل الدستور في العام ١٩٨١م وأنشأ مجلساً للشورى جعل من ضمن اختصاصاته إبداء الرأي بالنسبة للاقتراحات الخاصة بتعديل الدستور، مع ضرورة أخذ الرأي بالنسبة لمشروعات القوانين المكملة للدستور وما يحيله رئيس الجمهورية إلى مجلس الشورى من قوانين [1]، ومن هنا بدأ اهتمام الفقه والقضاء الدستوري بمحاولات تعريف القوانين المكملة للدستور ووضع معيار محدد لبيان تلك القوانين وذلك من أجل الأثر المترتب على بيان معرفتها وهو وجوب عرضها على مجلس الشورى لإبداء الرأي - كما أشار الدستور- وفي حالة عدم عرضها فتعتبر القوانين غير

---

(1) المادة ١٩٥ من التعديل الدستوري ١٩٨١م وتنص على أن "يؤخذ رأي مجلس الشورى فيما يلي:-

١- الاقتراحات الخاصة بتعديل مادة أو أكثر من مواد الستور.

٢- مشروعات القوانين المكملة للدستور.

٣- مشروعات الخطة العامة للتنمية الاجتماعية والاقتصادية.

٤- معاهدات الصلح والتحالف وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة.

٥- مشروعات القوانين التي يحيلها إليه رئيس الجمهورية.

٦- ما يحيله رئيس الجمهورية إلى المجلس من موضوعات تتصل بالسياسة العامة للدولة أو بسياستها في الشئون العربية أو الخارجية ويبلغ المجلس رأيه في هذه الأمور إلى رئيس الجمهورية ومجلس الشعب".

دستورية لمخالفة إجراءات إصدارها لأحكام الدستور ومن هنا تأتي أهمية تعريفها.

فبالنسبة للفقه الدستوري فقد أطلق تعريفات عدة للقوانين الأساسية [١] أو التكميلية أو العضوية وذلك بعد ما أثار دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية الصادر في أكتوبر لسنة ١٩٥٨م فكرتها ، وتأثر بهذا الاتجاه الدستوري أنظمة أخرى ،استخدمت اصطلاح القوانين الأساسية مثل (المغرب والجزائر وتونس وموريتانيا)[٢] وهي الدول التي حاكت في أنظمتها الدستورية الدساتير الفرنسية وخاصة فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين، وقد تطلبت هذه الدساتير إجراءات خاصة لوضع وتعديل القوانين الأساسية وهي إجراءات ليست على الدرجة نفسها التي يجب توافرها لنشأة الوثائق الدستورية أو تعديلها، كما أنها في الوقت ذاته أشد من إجراءات وضع القوانين العادية ولكن هذا المعيار الشكلي في محاولة تعريف القوانين المكملة للدستور لا يفي بتحقق المقصود منها وتميزها عن غيرها في ظل الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، لأن ثمة قوانين تصدر باستفتاء شعبي ولا تعتبر من القوانين المكملة للدستور.

ولذا ميز الفقه [٣] في مصر بين التعريف الموضوعي للقوانين المكملة للدستور- في ظل دستور ١٩٧١م وتعديله عام ١٩٨١م- وبين التعريف وفقاً للمعيار الشكلي. فوفقاً للمعيار الموضوعي عرفت بأنها "تلك القوانين التي تنظم موضوعاً من موضوعات القانون الدستوري، سواء ورد النص في الدستور على تنظيمها بقانون صادر عن البرلمان أم لم يرد ، وسواء نص الدستور على

---

(1) جاء في تعريف القوانين المكملة للدستور أنها (القوانين التي نصت عليها المادة ١٩٥ من الدستور حيث استلزمت أخذ رأي مجلس الشورى في مشروعاتها) والواقع أن هذا التعريف في ظل دستور ١٩٨٠ يحتاج إلى بيان ماهية القوانين التي يجب عرضها على مجلس الشورى والتي تصفها بالمكملة للدستور. يراجع في هذا التعريف: د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٧٧.

(2) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٣٨.

(3) لمزيد من تفاصيل تعريف القوانين المكملة للدستور يراجع:- د. عمر أحمد حسبو، القوانين الأساسية المكملة للدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١. أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٣٩. د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٧٧.

خضوعها لإجراءات القانون العادي أو إخضاعها لإجراءات اشد من إجراءات هذا القانون"[1] هذا التعريف بدوره يدخل قوانين كثيرة في عداد القوانين المكملة ولو لم يرد بشأنها إحالة من الدستور أو حتى لم يتطلب الدستور في إصدارها إجراءات خاصة تميزها عن القوانين العادية.

الأمر الذي يبقي أمر تحديد ما يجب عرضه على مجلس الشورى لأخذ رأيه وفقاً لنص المادة (١٩٥) من دستور ١٩٨٠م معلقاً واجتهادياً ومجالا للتنازع. خاصة وقد حاول المشرع القانوني الأخذ بالمعيارين الشكلي والموضوعي لتحديد ما يجب عرضه على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيه وذلك في اللائحة الداخلية لمجلس الشورى التي اهتمت بحصر اختصاصات المجلس بمناقشة "مشروعات القوانين التي يحيل إليها صراحة أحد نصوص الدستور أو تنظم السلطات العامة أو العلاقة بينهما أو تعرض لتنظيم المقومات الأساسية للمجتمع أو الحريات أو الحقوق أو الواجبات العامة" [2].

وهو ما يؤدي إلى أن يشمل اختصاص مجلس الشورى جميع القوانين تقريباً ، وبالتالي الحكم بعدم دستورية أي قانون لايمر عبر مجلس الشورى لأخذ رأيه غير الملزم بالتأكيد لمجلس الشعب - في ظل دستور ١٩٨٠م - وهذا التوسع في مفهوم القوانين المكملة للدستور انتقده جانب من الفقه [3] وتحفظ عليه القضاء الدستوري عندما سنحت له الفرصة في وضع معيار لمعنى القوانين المكملة للدستور، وبالتالي تحديد ما يجب عرضه على مجلس الشورى وما لا يجب عرضه وفقاً لنص المادة (١٩٥) من دستور ١٩٨٠م ، فقد جاء في الحكم الشهير أن عبارة القوانين المكملة للدستور(وإن كانت جديدة كل الجدة، فريدة في بابها، ولا تعرفها الدساتير المقارنة إلا أنها تحمل في أعطافها ضوابط تحديد معناها، ذلك أن الدستور من ناحية قد ينص في مادة أو أكثر من مواده على أن موضوعاً معيناً، يتعين تنظيمه بقانون أو وفقاً للقانون أو في الحدود التي يبينها القانون. بيد أن صدور قانون في هذا النطاق لا يدل بالضرورة- ومن ناحية أخرى- على أن

(1) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٤٠.

(2) الفقرة الأولى من المادة (٢) من اللائحة الداخلية لمجلس الشورى. الصادرة في ١٩٨٣/٥/٢٢م.

(3) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٤١.

أحكامه مكملة للدستور، ذلك أن الموضوع الذي أحال الدستور في تنظيمه إلى القانون قد لا تكون له طبيعة القواعد الدستورية [١]، وليس له من صلة بها، بل يعتبر غريباً عنها وخارجاً بطبيعته عن إطارها، ومن ثم لا يكفي لاعتبار تنظيم قانوني معين مكملاً للدستور أن يصدر إعمالاً لنص دستوري بل يتعين- فوق هذا- أن تكون أحكامه مرتبطة بقاعدة كلية مما تتضمنه الوثائق الدستورية عادة كتلك المتعلقة بصون واستقلال السلطة القضائية بما يكفل مباشرتها لشئون العدالة دون تدخل من أية جهة)[٢].

وتأكيداً لوضع معيار لتحديد ماهية القوانين المكملة للدستور ذهب الحكم السالف إلى ضرورة توافر (شرطين يتعين اجتماعهما معاً لاعتبار مشروع قانون معين مكملاً للدستور، أولهما: أن يكون الدستور ابتداءً قد نص صراحة في مسألة بعينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقاً لقانون أو في الحدود التي بينها القانون، أو طبقاً للأوضاع التي يقررها فإن هو فعل دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ في تقديره درجة من الأهمية والثقل لا يجوز معها أن يعهَد به إلى أداة أدنى، ثانيهما: أن يكون هذا التنظيم متصلاً بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها)، و(دلالة اجتماع هذين الشرطين أن معيار تحديد القوانين المكملة للدستور والتي يتعين أن يؤخذ رأي مجلس الشورى فيها - قبل تقديمها للسلطة التشريعية لا يجوز أن يكون شكلياً صرفاً ولا موضوعياً بحتاً، بل قوامه مزاوجة بين ملامح الشكلية وما ينبغي أن يتصل بها من العناصر الموضوعية)[٣].

---

(1) بهذا المعيار يوافق معنى القوانين المكملة للدستور القواعد الدستورية التي أحال الدستور إلى تنظيمها بقانون، ويخرج بهذا المعيار القوانين المنفذة للدستور والتي أشار الدستور إلى تنظيمها بقانون ولكنها لاتتعلق بقاعدة دستورية مثل قانون الضرائب المادة ٦١ من الدستور المصري، وكذا قانون العقوبات والمشار إليه في المادة ٦٦، ٧٧ من الدستور المصري.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة ١٥ مايو لسنة ١٩٩٣م، القضية ٧ لسنة ٨ق دستورية ص٢٦٦، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا.

(3) المرجع السابق.

كل هذا الجهد من الفقه والقضاء الدستوري في محاولة وضع معيار محدد لبيان ماهية القوانين المكملة للدستور كان من أجل تمييز ما يجب عرضه على مجلس الشورى لأخذ رأيه الاستشاري غير الملزم في قانون معين أو تعديله قبل أن يعرض على مجلس الشعب ليقول كلمته الأخيرة والفاصلة فيه ، وفي حالة عدم عرض المشروع على مجلس الشورى لإبداء الرأي فإن ذلك يعرضه برمته للطعن بعدم دستوريته طالما تطلب الدستور عرضه على مجلس الشورى.

وبالرغم من أن المادة ١٩٥ من التعديل الدستوري عام ١٩٨١م قد نصت في فقرتها الخامسة على إعطاء رئيس الجمهورية حق عرض بعض القوانين التي يرى إحالتها للمجلس لإبداء الرأي إلا أن هذه الإحالة جوازية[١]، تختلف عن الإحالة الوجوبية التي نصت عليها الفقرة الثانية والمتعلقة بمشروعات القوانين المكملة للدستور والتي يعتبر عرضها على مجلس الشورى إجراء جوهرياً يترتب على إغفاله أن تكون هذه القوانين مخالفة للشكل الواجب إتباعه وأن تصير باطلة يتعين الحكم بعدم دستوريتها[٢] .

بيد أن هذا الجهد في تعريف القوانين المكملة للدستور من الفقه والقضاء لم يعد له أي أثر في ظل التعديل الدستوري الذي أجري مؤخراً في إبريل ٢٠٠٧م بعد مطالبة رئيس الجمهورية لإجراء التعديلات على (٣٤) مادة من مواد الدستور[٣] كان من أهمها ما يتعلق بدور مجلس الشورى والذي تغير جوهرياً من

---

(1) من الناحية العملية استخدم رئيس الجمهورية هذه الرخصة منذ العام ١٩٩٥م وأحال أغلب القوانين وذلك للاستفادة من رأي مجلس الشورى ومحاولة لتوسيع المشاركة السياسية لهذا المجلس وتفعيل دوره..

(2) د.علي عبدالعال، فكرة القوانين الأساسية، ١٩٩٠، ص٩١، أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٤٧. وإلى هذا الرأي ذهبت المحكمة الدستورية العليا بوجوب عرض مشروعات القوانين المكملة للدستور في حكمها الصادر في ٣ يونيه سنة ٢٠٠٠م يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ في ١٧ يونيه سنة ٢٠٠٠م.

(3) جل التعديلات الدستورية لعام ٢٠٠٧ تتبعت وركزت على تغيير النظام الاشتراكي إلى النظام الحر، ومن مبدأ توجيه الاقتصاد إلى حرية الاقتصاد وحرية التجارة، وألغى التعديل كل مادة ذكرت فيها الاشتراكية، كما وسع التعديل من دور مجلس الشورى ، وقد جاء مبرر طلب التعديل المقدم من رئيس الجمهورية بهدف (منح مجلس الشورى=

=اختصاصاً تشريعياً إذ حددت المادتان (١٩٤، ١٩٥) اختصاصاته بإبداء الرأي غير الملزم في بعض المسائل ذات الطابع التشريعي إلا أن التطبيق العملي كشف عن أهمية دور مجلس الشورى في مجال التشريع مما يدعو إلى ترسيخ هذا الدور ، وانطلاقاً من ذلك أطالب بتعديل هاتين المادتين لإعطاء مجلس الشورى حق الموافقة على بعض الموضوعات الواردة في اختصاصاته المنصوص عليها حالياً وأن يبقى رأي المجلس استشارياً بالنسبة لباقي الاختصاصات مع تحديد القوانين المكملة للدستور تحديداً حصرياً ووضع أسلوب يتسم بسهولة التطبيق لحل ما يمكن أن ينشأ من خلاف بين مجلس الشعب ومجلس الشورى حول أي من الموضوعات التي يصبح مختصاً بالموافقة عليها). يراجع في مبررات طلب التعديل المقدم من رئيس الجمهورية، صحيفة الأهرام العدد ٤٣٨٥٠، السنة ١٣١، ٢٧ديسمبر ٢٠٠٦، ص٧. كما أن طلب التعديل قد افترض قيام نزاع أو خلاف بين المجلسين بخصوص ما تطلبه الدستور من موافقة مجلس الشورى على مشاريع القوانين المكملة للدستور ومقترحات تعديل مواد الدستور. ولذا ذهب التعديل إلى وضع آلية لحل النزاع بالنص على أنه "إذا قام خلاف بين مجلس الشعب والشورى بالنسبة لهذه الموضوعات أحال رئيس مجلس الشعب الأمر إلى لجنة مشتركة تشكل من رئيس مجلس الشعب والشورى وبعضوية سبعة أعضاء من كل مجلس تختارهم لجنته العامة وذلك لاقتراح نص للأحكام محل الخلاف". والواقع أن افتراض الخلاف- مع فرض حدوثه- غير منطقي كما أن الاليه التي وضعها لحل الخلاف غير عادلة ومجافية لأصول العمل البرلماني ، فالإجراءات المتوقعة لتمرير مشروع قانون أو تعديله- من تلك القوانين المكملة للدستور أو تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور والتي تطلب الدستور الحالي موافقة مجلس الشورى مقدماً عليها قبل عرضها على مجلس الشعب ليقول كلمته فيها- هي عرض المشروع على مجلس الشورى ابتداءً وعليه دراسته والموافقة عليه داخل المجلس ليتم إحالته بعد الموافقة إلى مجلس الشعب- والأخير بدوره عليه أن يناقشه ويصوت عليه بحسب اللائحة والرأي الأخير لمجلس الشعب، والذي سيكون بلاشك قد قدر الاعتبارات والمناقشات التي قيلت في مجلس الشورى ولكن الكلمة الأخيرة لمجلس الشعب،والقول بغير هذا معناه في حال فرض تمرير ما يوافق عليه مجلس الشورى دون تعديل من مجلس الشعب أن يصبح وجود الأخير لغواً وهذا فيه تعطيل لأحكام الدستور والنظام الديمقراطي برمته، وإن قلنا بحق مجلس الشعب في مخالفة ما يصدره مجلس الشورى بعد موافقته عليه- وهو=

زاويتين ، أولاهما إعطائه دوراً تشريعياً إلى جانب مجلس الشعب وذلك بمنحه حق الموافقة على بعض مشروعات القوانين بدلاً من إبداء الرأي غير الملزم وثانيتهما تحديد وحصر القوانين المكملة للدستور.

وبالاستجابة لطلب التعديل هجر المشرع الدستوري المصري مبدأ تفويض القضاء الدستوري لتحديد معايير القوانين المكملة للدستور، ومن باب أولى الفقه الدستوري محدداً بنص لا يقبل التفسير ولا الجدال على (وجوب موافقة المجلس على مايلي:-

---

=المفترض- فليس لمجلس الشورى بعدها الاعتراض- ومن يقول بذلك فقد منح مجلس الشورى حقاً ليس مقرراً في الدستور بتعديله الأخير. فيتبين لنا أن افتراض الخلاف بين المجلسين لا مبرر له حتى يضع آلية هي الأخرى محل نقد. فكيف إن ظهر خلاف بين المجلسين (أحال رئيس مجلس الشعب الأمر إلى لجنة مشتركة...؟) عليها في الأخير أن تضع مقترح نص الأحكام محل الخلاف.. هنا نتسائل هل يعتبر النص المقدم من اللجنة المشتركة ملزماً لمجلس الشعب؟ إذا كانت الإجابة بالإيجاب فمعناه إلغاء دور المجلسين وبالذات- مجلس الشعب- صاحب السلطة التشريعية الأصيل في الدستور- وإذا كانت الإجابة بأن الحل المقترح سيخضع للتصويت وأن الكلمة الأخيرة للمجلس باعتباره- سيد قراره- فما فائدة اللجنة المشتركة سوى اللغو ومحاولة الاستئثار وإلغاء للتمثيل الحقيقي داخل قاعة البرلمان المنتخب، فكيف تفرض لجنة مكونة من ١٤ عضواً بالإضافة إلى رئيسي المجلسين رأيهما وتكون كلمتها الفاصلة بين الجميع دون اعتبار لأعضاء مجلس الشعب؟؟ وللقوى السياسية الممثلة داخل قاعته والمنتخبة من الشعب ، بعد ذلك قرر الدستور عرض ما انتهت إليه اللجنة على كل من المجلسين،هذه المرة كل مجلس على حده، قد يوافق المجلسان وقد يعترض أحدهما أو كلاهما، في الحالتين الأخيرتين يعرض الأمر على المجلسين في اجتماع مشترك. هذا إذا انتهت اللجنة إلى اتفاق أما إذا لم تنته إليه فيعرض نصان مقترحان من كل مجلس على المجلسين في اجتماع مشترك وتتم الموافقة بأغلبية الحاضرين على أحد النصين، مع مراعاة حضور أغلبية أعضاء كل من المجلسين في الاجتماع المشترك (وبدون مناقشة)،هذا معناه أن لمجلس الشورى أن يعترض على أي تعديل اجراه مجلس الشعب لما وافق عليه مسبقاً. وهو حق مقرر دون نص دستوري.

١- الاقتراحات الخاصة بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور على أن تسري على مناقشة التعديل والموافقة عليه بالمجلس الأحكام المنصوص عليها في المادة (١٨٩).

٢- مشروعات القوانين المكملة للدستور التي نصت عليها المواد (٥، ٦، ٦٢، ٦٧، ٨٥، ٨٧، ٨٨، ٨٩، ٩١، ١٦٠، ١٦٣، ١٦٧، ١٦٨، ١٧٠، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩، ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١ من الدستور).

٣- معاهدات الصلح والتحالف وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة).

وبالتأمل في الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر نجد أن الدستور- حدد على سبيل الحصر- المواد الدستورية التي أشارت إلى تنظيم القوانين لأحكامها وبالتالي حدد القوانين المكملة للدستور في تلك المواد دون غيرها ، حتى لو رأى القاضي الدستوري أهمية القانون الذي أحال الدستور إلى تنظيمه [١].

كما أن المتتبع لنصوص تلك المواد يجد أن القوانين الأساسية انحصرت في قانون الجنسية[٢] وقوانين الانتخابات [٣] الرئاسية [٤] والبرلمانية [٥] والمحلية، والمتعلقة بشروط عضويتها [٦] وحقوقهم وواجباتهم [٧] ومحاكماتهم [٨] وكذلك

---

(1) كتلك القوانين المتعلقة بالملكية الخاصة والتي يحميها الدستور ويجرم الاعتداء عليها وكذا المواد المتعلقة بإقرار الضرائب العامة وهي تكاليف مالية كان الأحرى بالمشرع الدستوري وضعها موضعاً خاصاً في دراستها وإصدارها باعتبار أن الضرائب تكاليف تمس المال الخاص، كان من المناسب وضع قيود أشد على إصدارها وإعطاء مجلس الشورى فرصة لمناقشتها ولو جوازياً.

(2) المادة (٦) من الدستور المصري.

(3) المادة (٦٢) من الدستور المصري.

(4) المادة (٧٦) من الدستور المصري.

(5) المادة (٨٧) من الدستور المصري.

(6) المواد (٧٦، ٨٨، ٨٩، ١٦٣) من الدستور المصري.

(7) المواد (٨٥، ١٦٠) من الدستور المصري.

(8) المواد (٨٥، ١٦٠) من الدستور المصري.

القوانين المتعلقة بالهيئات القضائية وشروط عضويتها وحقوقهم وواجباتهم [١] وكل ما يتعلق بالسلطة القضائية والمحكمة الدستورية العليا والقوانين المنظمة لأحكام مجلس الشورى [٢]، وتكوين الأحزاب [٣]، ومكافحة الإرهاب[٤]، والصحافة [٥].

وبهذا يمكن تعريف القوانين الأساسية أو المكملة للدستور في ظل التعديل الأخير بأنها (القوانين التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (١٩٥) من الدستور الصادر عام ٢٠٠٧م والتي استلزمت ضرورة موافقة مجلس الشورى عليها قبل عرضها على مجلس الشعب) [٦].

وما يهمنا من تعريف القوانين المكملة للدستور سواء في ظل دستور ١٩٨٠م أو في ظل التعريف الحصري لها في التعديل الدستوري مؤخرا هو التأكيد على خضوعها لرقابة المحكمة الدستورية العليا مثلها مثل القوانين العادية ، وعلى ضرورة إلتزامها الموضوعي والشكلي بنصوص الدستور، ما لم فتعتبر غير دستورية حتى لو كانت في درجة أعلى سمواً من القوانين العادية طالما لم تصل إلى مرتبة وسمو النصوص الدستورية، ويترتب على هذا المبدأ أن مخالفة القوانين العادية للقوانين المكملة للدستور لا تعتبر مخالفة لنصوص الدستور ومن ثم لا تخضع للطعن بعدم الدستورية ولا تختص المحكمة الدستورية العليا برقابتها بل تختص جميع المحاكم على اختلاف درجاتها ببحث هذا التعارض بين هذه القوانين ذات الدرجة الواحدة ، على خلاف ما يذهب إليه جانب من الفقه من إمكانية (القول بأن القانون العادي الذي يخالف قانوناً مكملاً للدستور يخضع

---

(1) المـــواد (١٦٣، ١٦٧، ١٦٨، ١٧٠، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨) من الدستور المصري

(2) المواد (١٩٦، ١٩٧، ١٩٨) من الدستور المصري.

(3) المواد (٥) من الدستور المصري.

(4) المواد (١٧٩) من الدستور المصري.

(5) المواد (٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١) من الدستور المصري.

(6) ولم يكن هذا التعريف مقبولا في ظل دستور ١٩٨٠م يراجع د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٧٧.

لرقابة المحكمة الدستورية العليا) [1]، وآية ذلك أنها جميعاً قوانين بنص الدستور تصدر من مجلس الشعب وإن استلزم عرضها على مجلس آخر أو تطلب موافقته عليها فإن ذلك لا يغير من وصفها بالقانون بالمعنى الشكلي ، والقول بخلاف ذلك يعني إمكانية تعديل الدستور بخلاف الطريق الذي رسمه الدستور لتعديله وإقراره، ولو أراد الدستور إعطاء هذه القوانين مرتبة النصوص الدستورية لنص صراحة في اختصاصات المحكمة الدستورية على رقابتها للقوانين حال مخالفتها للدستور أو للقوانين المكملة للدستور معاً [2].

بالإضافة إلى ذلك فإن من يقول بخضوع القوانين المكملة للدستور لرقابة المحكمة الدستورية العليا ويحاول أن يدعي خضوع القوانين العادية لرقابة المحكمة الدستورية حال مخالفة أحكامها لنصوص القوانين الأساسية يناقض حجته في الوقت ذاته عندما يؤكد على أن التعديلات الدستورية- وبحق- لا تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا [3] ، فإذا ما اعتبرنا أن القوانين الأساسية لها مرتبة النصوص الدستورية فحينها لا يمكن إخضاعها لرقابة المحكمة الدستورية العليا ، فإما أن تكون لها درجة النصوص الدستورية فلا تخضع لرقابة المحكمة الدستورية أو أن تكون لها درجة القوانين العادية فلا تخضع الأخيرة لرقابة المحكمة الدستورية إن هي خالفت القوانين المكملة للدستور.

٢- القوانين المستفتى عليها شعبياً:

الاستفتاء الشعبي أحد أهم مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة، ويقصد به (أخذ رأي الشعب على مشروع قانون سواء بالموافقة أو الرفض)[4].

---

(1) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٧١.

(2) يراجع في هذا الاتجاه: د.عادل الشريف، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١٩٠. إذا هي خالفت القوانين الأساسية، وبالتالي لامناص من القول بعدم خضوع القوانين العادية لرقابة الدستورية إن هي خالفت القوانين المكملة للدستور وخضوع الجميع (القوانين العادية والأساسية) لرقابة المحكمة الدستورية إن خالفتا الدستور وحسب. د. شعبان رمضان، مرجع سابق، ص٣٢٣.

(3) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٦٧.

(4) أ.د. جابر جاد نصار، نظام الاستفتاء الشعبي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٣م، ص٥٤٣، ص٢١. وفي تعريف الاستفتاء عند فقهاء القانون يراجع:-

وقد تعددت مواضع الاستفتاء في دستور جمهورية مصر العربية (١) مادفع جانباً من الفقه إلى المطالبة بتقليصها (٢) وقد استجاب المشرع الدستوري المصري في التعديل الدستوري الذي أجري عام ٢٠٠٥م واستبدل لفظ الاستفتاء في المواد المتعلقة باختيار رئيس الجمهورية (٣) دون غيرها.

وما يهمنا منها هو الاستفتاء التشريعي ، ومن موارده نص المادة (٧٤) التي عدلت مؤخراً(٤) مطلع العام ٢٠٠٧م وتقضي بأنه "الرئيس الجمهورية إذا قام

- د. داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م. ص٥٠.
- د. محمد قدري حسن، الاستفتاء في النظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩١م، ص٧.
- أ.د. ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، ط٢، ١٩٨٢، ص٥٠.
- أ.د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، دستور الجمهورية اليمنية المعدل في الميزان، دار الفكر المعاصر، صنعاء، ١٩٩٩، ص١٥.

(1) يراجع في ذلك نصوص المواد ٦٢، ٧٤، ٧٦، ٨٨، ١٢٧، ١٣٦، ١٥٢، ١٨٩، ١٩٣.

(2) يراجع د. جابر جاد نصار، نظام الاستفتاء الشعبي، مرجع سابق، ص٥٤٦.

(3) المادة (١٩٢) مكرر مضافة في الاستفتاء الذي أجري في يوم ٢٠٠٥/٥/١٥ ونصها (تستبدل كلمة- الانتخاب- بكلمة الاستفتاء أينما وردت في الدستور فيما يتعلق باختيار رئيس الجمهورية).

(4) كان نص المادة (٧٤) قبل التعديل "لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ويوجه بياناً إلى الشعب ويجري الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها".=

= وواضح من التعديل المقر أن الضمانات المضافة التي تحكم استخدام السلطات المقررة في هذه المادة تتمثل في اشتراط أن يكون الخطر الذي يهدد الوحدة الوطنية خطراً جسيماً وحالياً وأن تتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر بعد التشاور- وليس الموافقة- مع رئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس الشعب والشورى، وألا يحل مجلس الشعب أثناء ممارسة رئيس الجمهورية للسلطات التي تخولها له هذه المادة.
ومع كل ذلك وفي ظل عدم اشتراط موافقة من تشاور معهم وفي ظل نظام دستوري

خطر حال وجسيم يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر بعد أخذ رأي رئيس مجلس الوزراء ورئيسي مجلس الشعب والشورى ، ويوجه بياناً إلى الشعب، ويجري الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها ولا يجوز حل مجلس الشعب أثناء ممارسة هذه السلطة" ، وكذا نص المادة ١٥٢ الذي يقضي بأن "لرئيس الجمهورية أن يستفتي الشعب في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا" وواضح من نص المادتين أن الاستفتاء في المادة الأولى لاحق للإجراء المتخذ وفي الثانية سابق عليه، والسؤال هنا هو في حال ما إذا كان الاستفتاء منصباً على قانون (١) أو لائحة فما هي مرتبة

يملك فيه رئيس الجمهورية تعيين رئيس الوزراء ورئيس مجلس الشورى ويرأس حزباً يتحكم بأغلبية ساحقة داخل البرلمان فلا تعد هذه الضمانة كافية للحد من استخدام رئيس الدولة لهذه السلطة ، ولذا ينبغي التركيز على ضرورة مراقبة المحكمة الدستورية لتوفر شرط الضرورة وجسامة الخطر وكونه حالاً ما لم فتعتبر الزيادة كأن لم تكن،خاصة إذا ما علمنا بأن نص المادة ٧٤ قد طبق بالفعل (سابقاً) عدة مرات ففي عام ١٩٧٧ أجرى رئيس الجمهورية استفتاء بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٧٧م على القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧م وذلك بعد اضطرابات يومي ١٨، ١٩ يناير من العام نفسه ، كما طبق أيضاً في سبتمبر ١٩٨١ وصدرت تطبيقاً له القرارات الجمهورية ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ثم وجه رئيس الجمهورية بياناً إلى الشعب برر فيه إصداره لهذه القرارات "بما حاولته بعض الفئات المخربة في مراحل متعددة من إحداث فتنة طائفية" يراجع في نقد التطبيقات العملية للمادة ٧٤ في ظل دستور ١٩٧١م وتعديله: د. وجدي ثابت غبريال، سلطات رئيس الجمهورية طبقاً للمادة (٧٤) من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٨٧، ص١٥٨، د.جابر جاد نصار، نظام الاستفتاء، مرجع سابق، ص٢٩٧ ومابعدها.

(١) اعتماداً على أن بعض الإجراءات المتخذة والتي تم الاستفتاء عليها قد تكون قرارات فردية أو إدارية أو طرح صيغ سياسية يتم التوافق عليها، ولا شك في حال كون الإجراء المتخذ عبارة عن قرار إداري فإن القضاء الإداري هو المختص برقابة مشروعيته أما إذا كان البرنامج سياسياً فلا يعد الاستفتاء عليه سوى تأييد سياسي لرئيس الدولة على هذا البرنامج. يراجع أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٥١ هامش. وقد أخذت محكمة القضاء الإداري بهذا الاتجاه فيما يتعلق برقابتها على القرارات

القانون أو القوانين التي تمت الموافقة عليها من الشعب؟ وبالتالي هل تتحصن من الطعن بعدم الدستورية إن هي خالفت أحكام الدستور؟ في معرض الإجابة على هذا السؤال ينقسم الفقه إلى اتجاهين الأول: وهو الرأي الغالب والراجح يرى أن اللجوء إلى الاستفتاء الشعبي التشريعي لا يضفي حصانة على القوانين التي يتم الاستفتاء عليها ولا يصحح ما بها من عيب عدم الدستورية [1] وبالتالي تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا المختصة برقابة دستورية القوانين.

الإدارية التي صدرت باستفتاء تطبيقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور وقررت المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٨١م في الدعوى رقم ١٨٦ لسنة ٣٦ (قضاء إداري) اختصاصها بالنظر في مدى شرعية القرارات الصادرة بتاريخ ٢ سبتمبر ١٩٨١م رغم الاستفتاء عليها بتاريخ ١٠ سبتمبر ١٩٨١م واستندت المحكمة في ذلك إلى أنه "... لا يغير من هذه النتيجة موافقة الشعب على هذه القرارات.. لأن دور الشعب في الاستفتاء بالنسبة لهذه القرارات هو دور سياسي مؤداه الموافقة أو عدم الموافقة على اتخاذها ، ولا يغير دوره من طبيعتها القانونية أو من مشروعيتها، فإذا وافق الشعب على الإجراءات فقد وافق عليها كما هي، أي مع بقاء طبيعتها القانونية ومدى مشروعيتها على ما هي عليه عند صدورها، فإذا كانت لها هذه الطبيعة اللائحية قبل الاستفتاء ظلت لها هذه الطبيعة بعده ، وإذا كانت قد صدرت مشروعة منذ صدورها فتظل الحال كذلك بطبيعة الحال بعد الاستفتاء ، أما إذا كانت قد صدرت غير مشروعة ظلت عالقة بها العيوب التي شابتها عند إصدارها، ولا يطهرها من عيوبها موافقة الشعب على اتخاذها، وذلك لأن الدور السياسي للشعب والذي يمارسه بالاستفتاء لا ينقلب إلى دور تشريعي يمكن أن يغير من طبيعة القرار المتخذ أو من عدم مشروعيته لأن الشعب في مصر يمارس حقه في التشريع ليس بطريقة مباشرة بل بواسطة السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية في بعض الأحوال".

(١) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٤٩. د. إبراهيم محمد حسنين، مرجع سابق، ص٥٢. أ.د. يحيى الجمل، مشار إليه في الرقابة على دستورية القوانين. د. رمزي الشاعر، هامش ص٣٥١.

- د. محمد عبدالعال السناري، الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين، ١٩٨٧، ص١٥٨.
- د. عادل عمر شريف، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص١٨٦.
- د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٨٢.
- د. عمرو بركات، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٤٨.

ولفظ القوانين ورد مطلقاً بحيث ينصرف إلى كل قاعدة قانونية موضوعية سواء كانت صادرة من مجلس الشعب أو من رئيس الدولة بناءً على تفويض أو بدون تفويض ،أو وافق الشعب عليها في استفتاء سواء كان هذا الاستفتاء تطبيقاً للمادة (٧٤) أو (١٥٢) من الدستور، ومن ثم إذا وافق الشعب على قانون في استفتاء تشريعي وكان هذا القانون كله أو بعضه مخالفاً لنص في الدستور فيجوز الطعن فيه بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا [١].

أما الاتجاه الآخر فيرى أن القانون الذي يقره الشعب عن طريق الاستفتاء يسري حتى ولو خالف الدستور إذ يعتبر الدستور، قد عدل بمقتضى هذا القانون بما يرفع القانون الذي تمت الموافقة عليه بالاستفتاء إلى مرتبة القانون الدستوري، ويتعين الأخذ بهذا الحكم دون نص ، إذ يعتبر الشعب قد كشف عن إرادته صراحة ومن اللازم الخضوع لهذه الإرادة [٢].

والواقع أن هذا الرأي كان متأثراً بالفقه الدستوري الفرنسي ، ولا يمكن تأييده نظراً لاختلاف النظامين خاصة فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين، فالنظام الفرنسي يعتمد الرقابة السياسية السابقة على ما يصدره البرلمان وحسب، في حين تستند الرقابة القضائية في مصر واللاحقة لإصدار التشريع على نص دستوري يتيح لها رقابة كل القوانين واللوائح دون تمييز بينها[٣].

- د. محمد عبدالحميد أبوزيد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٣٤.

(1) د. عمرو بركات، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٤٨. د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٨٢.

(2) أ.د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، ط٥، ١٩٨٦، ص٦٥. وفي مقام الرد على هذا الاتجاه يرى أ.د. جابر جاد نصار أنه (يجب إهدار كل الآراء التي تعلي من قيمة القانون الاستفتائي وترفعه إلى مراتب عالية عن تلك التي يتبوئها القانون العادي الصادر عن البرلمان، فالقانون الاستفتائي تتحدد طبيعته بالنظر إلى موضوعه فإن كان موضوعه مشروع قانون دستوري فإنه يكون من القوانين الدستورية ويحظى بمكانتها في النظام القانوني، وإن كان قانوناً عادياً "تشريعياً" فإن له قوة القانون العادي ولا يترتب على إصداره عن طريق الاستفتاء الشعبي أي ميزة خاصة تغير من طبيعته القانونية، د. جابر جاد، نظام الاستفتاء، مرجع سابق، ص٥٤٥.

(3) المجلس الدستوري الفرنسي قرر عدم اختصاصه برقابة القوانين الصادرة باستفتاء شعبي استناداً إلى نص المادة ١٧ التي حددت اختصاصاته برقابة القوانين الصادرة من البرلمان، وأن الاستفتاء الشعبي تعبير مباشر عن سيادة الأمة، يراجع:

كما يشير الفقه إلى ضرورة عدم الخلط بين الشعب باعتباره سلطة تأسيسية أصيلة وبين الشعب كسلطة تأسيسية منشأة أعطاها الدستور اختصاصاً تشريعياً شأنه في ذلك شأن السلطة التشريعية التي تخضع لرقابة المحكمة الدستورية فيما تصدره من قوانين.

والقول بغير ذلك يؤدي إلى تعديل الدستور بغير الطريقة التي نص عليها فيه، وهو ما لا يمكن قبوله [1] ، وبالإضافة إلى هذه المبررات القانونية توجد مبررات عملية وتاريخية توجب[2] إخضاع القوانين الاستفتائية إلى الرقابة

Hauriou (A.); Droit constitutionnel et institions poditiques, paris, 1975, Op. Cit., p.1100.

ومن المبررات التي تؤكد اختلاف النظامين أن المجلس الدستوري الفرنسي يراقب قبل إصدار التشريع استخدام الاستفتاء الوارد في المادة ١٦ من الدستور الفرنسي على خلاف المحكمة الدستورية فيما يتعلق برقابتها على استخدام الاستفتاء الوارد في المادة ٧٤ و١٥٢ فلا دور لها سابق أو معاصر على استخدامها. الأمر الذي يمنع الأخذ بالاتجاه الرامي إلى إقصاء دور المحكمة اللاحق لإصدار التشريعات عن طريق الاستفتاء الشعبي. أنظر: د.وجدي ثابت، مرجع سابق، ص١٢٣ وما بعدها.

(1) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٥٠. د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٨٢.

(2) المشكلة الحقيقية أن كثيراً من أصحاب السلطات - يوافقهم بعض فقهاء القانون - يعتبرون اللجوء إلى الاستفتاء الشعبي في بعض المواد التي حددها الدستور حقاً لرئيس الدولة يستخدمه متى شاء حيث يشاء، متناسين أن الدساتير لا تنص على الاستفتاء إلا= = كضمانة بيد الشعب للحد من السلطات التي يتمتع بها رئيس الدولة، وبالتالي فالاستفتاء في الأصل قيد على هذه السلطة لأنها تلزمه بالرجوع إلى الشعب صاحب السلطة الأصيل في التشريع وإقرار السياسة العامة لكن الممارسات الخاطئة للاستفتاء والتلاعب بنتائجه جعلته حقاً صرفاً لرئيس الدولة يستخدمه عندما يعجز عن الإقناع بالإجراء الذي سيتخذه فيهرب للاستفتاء الذي يحدد سلفاً نتيجته، آية ذلك أنه لا توجد ولا مرة واحدة تم إعلان نتيجة استفتاء- في النظم العربية التي تأخذ به- مغايرة للنتيجة التي تتغياها السلطة بالرغم من معارضة كثير من القوى السياسية لكثير من الاستفتاءات وعزوف أغلب الجماهير عنها. ولذا يرى جانب من الفقه أن هذا الإجراء من قبل صاحب السلطة (دكتاتورية حديثة تبرر حكمها من الناحية السياسية بمصالح الشعب

القضائية حتى لا تستخدم كذريعة لمخالفة أحكام الدستور الشرعية القانونية، خاصة وأن بعض السياسيين يعتبرون اللجوء إلى الاستفتاء حقاً وسلطة لهم لا قيداً على سلطاتهم الممنوحة لهم بموجب أحكام الدستور.

المحكمة الدستورية العليا والمحكمة الإدارية العليا بدورهما أيدتا الاتجاه الأول ، عندما عرض على القضاء مسألة دستورية المادة الرابعة من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨م بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي ، والذي تمت الموافقة عليه في الاستفتاء ، وطبقاً للمادة ١٥٢ من الدستور، مما أدى إلى أن تدفع الحكومة بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر الدعوى بشأنه، وانتهت المحكمة الدستورية إلى أن صدور النص المطعون في دستوريته عن طريق الاستفتاء الشعبي لا يخرجه عن رقابة المحكمة، وفندت دفع الحكومة بقولها "إن هذا الدفع مردود بأن ما نصت عليه المادة ١٥٢ من الدستور من أن لرئيس الجمهورية أن يستفتي الشعب في المسائل (١) الهامة التي تتصل بمصالح

وتحاول تبريره من الناحية القانونية ببعض الإجراءات الدستوورية كالاستفتاء) ، . د. داود الباز، مرجع سابق، ص٥٤، ويرى جانب من الفقه أن الأهم من إقرار حق الاستفتاء (هو استعداد السلطات لقبول نتائج الاستفتاء أياً كانت دون تغيير لإرادتهم ما لم فسيصبح حق الاستفتاء مجرد إجراء شكلي لا أثر له في الواقع ولا يدفع للمشاركة الشعبية بل يثبطها). وإذا ما أردنا مشاركة شعبية فعالة فإنه يجب (توفير مناخ صحي يتسم بالحرية والديمقراطية أثناء الحملة الاستفتائية ويجب إتاحة الفرصة أمام الآراء المختلفة حول موضوع الاستفتاء في أجهزة الإعلام سواء المسموعة أو المرئية أو المقروءة)، أ.د. جابر جاد نصار، الاستفتاء، مرجع سابق، ص٥٤٣، ٥٤٨ .

(١) ويظهر من حكم المحكمة الدستورية.أنها تذهب إلى كون إجراء الاستفتاء في هذه الحالة حقاً للرئيس وليس قيداً على سلطاته الممنوحة والتي تتطلب لإقرارها إخضاعها لموافقة هيئة الناخبين ما لم فتسقط وهذا قيد على سلطات الرئيس وليس حقاً له، فإذا كانت المادة (١٥٢) من الدستور تمنح الرئيس سلطة الاستفتاء باعتباره حقاً له يستخدمه متى شاء في المواضيع التي يرغب فيها كشف تأييد الشعب له أو رفض سياسته. إلا أن المادة (٧٤) سواء قبل تعديلها أو بعد تعديلها مؤخراً عام ٢٠٠٧ لا توحي بأن للرئيس سلطة وحقاً في إجراء الاستفتاء، فعباراتها واضحة في أن (لرئيس الجمهورية- حال الضرورة- أن يتخذ إجراءات) فالحق هنا في اتخاذ الإجراءات لكن متى أتخذ أي إجراء فعليه أن (يجري استفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً) هنا أصبح

البلاد العليا، لا يخرج عن أن يكون ترخيصاً لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية ، ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء- الذي رخص به الدستور وحدد طبيعته والغرض منه- ذريعة إلى إهدار أحكامه أو مخالفتها، كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت في الاستفتاء لا ترقى للإجراءات الخاصة المنصوص عليها في المادة ١٨٩[١] من الدستور، وبالتالي لا تصحح هذه الموافقة ما قد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور، وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعي أدنى من الدستور، فتتقيد بأحكامه وتخضع بالتالي لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية" [٢].

الاستفتاء واجباً عليه وقيداً على سلطته ليعود الأمر إلى صاحب السلطة (الشعب) إلا أن المادة استخدمت أكثر من مرة بالمخالفة للضوابط ، ونتائج الإستفتاءات كانت معدة سلفاً مما اعتبرها البعض سلطة إستثنائية لرئيس الدولة أساء استخدامها وهو ما دفع الفقه بالإجماع إلى إنتقادها: يراجع في ذلك: د. وجدي ثابت، مرجع سابق، ص١٥٠. يراجع: أ.د. فتحي فكري، مقالة بعنوان تغيير الدستور، مجلة الدستورية، العدد التاسع، السنة الرابعة، إبريل ٢٠٠٦، ص٥٢. أ.د. جابر جاد نصار، نظام الاستفتاء الشعبي، مرجع سابق، ص٣٢٧. د.وجدي ثابت غبريال، مرجع سابق، ص١٥٤. يؤكد أن (إجراء الاستفتاء لايعتبر ضمانة في مواجهة استخدام السلطات الاستثنائية).

(1) وهي المادة المتعلقة بأحكام تعديل الدستور بطلب من رئيس الجمهورية وضرورة موافقة أغلبية مجلس الشعب- والشورى حالياً- أو طلب ثلث أعضاء مجلس الشعب، وموافقة مجلس الشورى على هذا التعديل- حالياً- وموافقة أغلبية مجلس الشعب بعد موافقة مجلس الشورى استناداً إلى نص المادة ١٩٥ المعدلة مؤخراً عام ٢٠٠٧. وبعد ذلك كله استفتاء الشعب على هذا التعديل وموافقته بأغلبية الذين أدلوا بأصواتهم في الاستفتاء.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا- صادر في ٢١ يونيه ١٩٨٦م ، القضية رقم ٥٦ لسنه ٦ قضائه دستوريه، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء ٣، ص٣٥٣ وما بعدها

وقد توالت أحكام المحكمة الدستورية العليا مؤكدة هذا المبدأ والمتعلق بإخضاع كل قانون ولو صدر باستفتاء شعبي لرقابتها [1]. وهو ما نؤيده من جانبنا خاصة في الدول التي تسيطر فيها السلطة التنفيذية على مقاليد الأمور وينعدم فيها التوازن بين السلطات وتغيب فيها وسائل الرقابة الشعبية أو ينعدم تأثيرها.

٣- القوانين الملغاة:

الفرض هنا أن قانوناً [٢] صدر وتم تطبيقه لفترة زمنية ثم صدر قانون جديد ألغى القانون الأول إلغاءً صريحاً وهذان القانونان في مرتبة تشريعية واحدة، في هذا الفرض هل يمكن أن يوجه الطعن بعدم الدستورية ضد القانون الملغى؟ وهل تختص المحكمة الدستورية ببحث دستوريته؟

مذهب المحكمة الدستورية العليا- ومن قبلها المحكمة العليا [٣]- أن إلغاء القانون لا ينال من إمكانية خضوعه للرقابة، وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها، إذ قضت بأن إلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها لا

---

(1) راجع في ذلك: حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٧ مارس لسنة١٩٩٢ م في القضية رقم ١٤ لسنة ٨ قضائية (تنازع)، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الخامس، المجلد الأول: ص٤٢٢ وقد جاء فيه (إن الاستفتاء الشعبي حول قرار رئيس الجمهورية بحل إحدى الجمعيات الخاصة لا يحول دون الطعن على القرار أو تطهيره من العيوب، إذ ليس من شأن الاستفتاء أن يرد قراراً معدوماً إلى الحياة ولا إسباغ الصحة على قرار ولد باطلاً ولا أن يغير من طبيعته فيلحقه بأعمال السيادة".

(2) ما ينطبق على القانون بالمعنى الشكلي الصادر من السلطة التشريعية ينطبق كذلك على اللوائح والقرارات بقوانين طالما كانت المحكمة الدستورية العليا مختصة بنص الدستور برقابة دستوريتهما معاً.

(3) يراجع الحكم الصادر من المحكمة العليا الصادر في ١٦ إبريل ١٩٧٧م حيث قضت بأن "إلغاء القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٤م بنظام المخابرات العامة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧١م لايحول دون الطعن فيه بمخالفة دستور ١٩٧١م حيث جرى قضاء هذه المحكمة على أن المراكز القانونية التي نشأت وترتبت في ظل قاعدة قانونية معينة تظل محكومة بهذه القاعدة رغم إلغائها ولو كانت مشتملة على نص مانع من التقاضي ما لم تقض المحكمة العليا بعدم دستورية هذا النص". الطعن رقم ١٣ لسنة ٧ق عليا دستورية، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، الجزء الثاني، ص٥٣.

يحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية من قبل من طبقت عليه خلال فترة نفاذها وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه تتحقق بإبطالها مصلحته الشخصية المباشرة، ذلك أن الأصل في تطبيق القاعدة القانونية هو سريانها على الوقائع التي تتم خلال الفترة من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها، فإذا استعيض عنها بقاعدة قانونية أخرى فإن القاعدة الجديدة تسري من الوقت المحدد لنفاذها ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من هاتين القاعدتين ، فما نشأ في ظل القاعدة القانونية القديمة من المراكز القانونية وجرت آثارها خلال فترة نفاذها يظل خاضعاً لحكمها وحدها [1].

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا، الصادر في ٢٠ مايو لسنة ١٩٩٥م القضية رقم ٣١ لسنة ١٦ق دستورية، مجموعة الأحكام، الجزء السادس، ص٧٢٠. وفي معناه: حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٩٥/١/١٤م بالقضية رقم ٨ لسنة ١٥ق، مجموعة الأحكام، الجزء السادس، ص٤٧٧. وحكم المحكمة الدستورية العليا، الصادر في جلسة ١٩٩٦/٢/١٨م في القضية رقم ٦١ لسنة ١٢ق دستورية، مجموعة الأحكام، الجزء السابع، ص٦٩٨.

وقد طبقت المحكمة الدستورية هذا المبدأ في العديد من أحكامها [1] فيما يتعلق بالنصوص التي طبقت وأنتجت آثارها ، أما القوانين الملغاة بأثر رجعي بحيث لم يعد منتجاً لأي آثار فإن المحكمة الدستورية العليا لا تقبل الطعن عليه بعدم الدستورية لإنتفاء المصلحة في الدعوى ، وأكدت هذا المبدأ في حكمها

---

(1) منها حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٥ إبريل ١٩٨٩م الذي طلب المدعى فيه الحكم بعدم دستورية القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣م الذي يحول دون ترشيحه لعضوية مجلس الشعب. ودفعت الحكومة باعتبار الخصومة منتهية لتعديل أحكام هذا القانون بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦م وما تلاه من صدور قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٧م بحل مجلس الشعب مما يجعل الدعوى غير ذات موضوع. وقد جاء في حيثيات هذا الحكم رداً على دفع الحكومة "أن تعديل بعض أحكام القانون- محل الطعن- بمقتضى القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦م وما تلاه من صدور قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٧م بحل مجلس الشعب ، لا يحول دون النظر والفصل في الطعن بعدم الدستورية من قبل من طبق عليهم القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣م خلال فترة نفاذه وترتبت بمقتضاه آثار قانونية بالنسبة إليهم، وبالتالي توافرت لهم مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن بعدم دستوريته، ولما كان القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣م المطعون فيه قد طبق على المدعي وأعملت في حقه أحكامه، إذ حرمته من حق الترشيح لعضوية مجلس الشعب، وظلت آثاره وهي بقاؤه محروماً من حق الترشيح قائمة بالنسبة إليه طوال مدة نفاذه، وكانت الدعوى الموضوعية مازالت مطروحة أمام محكمة القضاء الإداري بما تضمنته من طلبات ترتكز جميعها على الطعن بعدم دستورية القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣م ويعتبر هذا الطعن أساساً لها فإن الحكم باعتبار الخصومة منتهية يكون في غيره محله".

- القضية رقم ٨ لسنة ٧ق دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع، ص١٨٣.

- وحكم المحكمة الصادر في ٨ يوليو سنة ٢٠٠٠م حيث قررت أنه "جرى قضاء هذه المحكمة أن إلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها لا يحول دون الطعن عليها من قبل من طبقت عليه خلال فترة نفاذها. وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه تتحقق بإبطالها مصلحته الشخصية المباشرة.....".

- حكم المحكمة الدستورية العليا القضية رقم ١٤٠ لسنة ١٨ق دستورية الجريدة الرسمية، العدد٢٩ مكرر في ٢٠٠٠/٧/٢٢م.

الصادر في ٦ نوفمبر ١٩٩٩م بقولها "وحيث أنه متى كان النزاع المطروح على محكمة الموضوع إنما يتصل بنص الفقرتين (٣، ٤) من المادة (٣) من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١م دون غيرها، وإذ إلغيت هاتان الفقرتان من المادة المشار إليها من تاريخ العمل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧م المشار إليه، كما ألغي ما صدر عن رئيس الجمهورية من قرارات استناداً إليهما منذ تاريخ العمل بكل منهما وذلك كله إنفاذاً لأحكام هذا القانون فإنه لم تعد ثمة آثار قانونية قائمة يمكن أن تكون النصوص الطعينة قد رتبتها خلال فترة نفاذها بعد أن تم إلغاؤها بأثر رجعي لتغدو المصلحة- بذلك- في الطعن منتفية مما يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى"(١).

وهذا أمر منطقي لأن مهمة المحكمة حال التيقن من مخالفة النص الطعين للدستور هي إلغاء ذلك النص وإعدامه بأثر رجعي- في حالات تحددها هي- فإذا كان القانون الجديد قد ألغى القانون القديم بأثر رجعي فإنه يصبح معدوماً ويغدو الطعن عليه بعدم الدستورية طعناً على معدوم فيستحيل قبول الطعن من المحكمة الدستورية العليا.

٤- القوانين الصادرة قبل نفاذ الدستور الحالي:

الفرض هنا أن قانوناً أو عدة قوانين أو قواعد قانونية متفرقة صدرت في ظل دستور وتم تعديل الدستور وتضمن هذا التعديل نصوصاً مغايرة للأهداف التي رسمها الدستور المعدل.

يثار هنا التساؤل حول مدى اختصاص المحكمة الدستورية العليا بفحص القوانين الصادرة قبل صدور الدستور المطعون في عدم دستورية هذه القوانين له، هل يسري عليها الإلغاء الضمني؟ بحيث يعتبر تعارضها مع الدستور الحالي إلغاء لها وبالتالي تختص جميع المحاكم بإلغاء هذه القوانين على اختلاف درجاتها؟

أم يظل الاختصاص معقوداً للمحكمة الدستورية العليا دون غيرها؟ وبالتالي تظل هذه القوانين سارية إلى حين توجيه الطعن بعدم الدستورية وفقاً للشروط القانونية التي رسمت مسارات الطعن بعدم الدستورية.

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦ لسنة ٢٠ق دستورية الصادر بتاريخ ١٩٩٩/١١/١٨م، الجريدة الرسمية العدد٤٦.

القضاء ميز بين حالتين: الأولى "إذا أورد الدستور نصاً صالحاً بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد نسخ ضمناً بقوة الدستور نفسه"(١).

ومعلوم أن هذه الحالة معتمدة على مبدأ التطبيق المباشر للدستور أكثر منها اعتماداً على مبدأ رقابة دستورية القوانين المخالفة له (٢).

ولذا يظل الطعن قائماً في مواجهة النص القانوني المخالف للدستور الحالي وإن كان قد صدر موافقاً للدستور السابق، لأن الحكم في هذه الحالة لا يعتبر فاصلاً في المسألة الدستورية ولايحوز الحكم سوى الحجية النسبية في مواجهة أطراف النزاع (٣).

الحالة الثانية :إذا نص الدستور على هدف معين ينبغي على المشرع بلوغه وتبنيه لسياسات مغايرة فلا يتصور التناقض أو التعارض المباشر، الأمر الذي يتعين على القضاء الدستوري دون سواه النظر في مدى دستورية القوانين الصادرة قبل الدستور الحالي (٤) وهو ما أكدته المحكمة العليا سابقاً ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا، من أن "القول بأن ولاية المحكمة العليا لا تتناول التشريعات السابقة على الدستور إلا إذا صدرت مخالفة للأحكام والأوضاع الدستورية النافذة عند صدورها وتكون رقابتها لهذه التشريعات على أساس تلك الأوضاع دون أحكام الدستور القائم وأوضاعه- هذا القول مردود بأن رقابة دستورية القوانين منذ عرفت في الدول ذات الدساتير الجامدة تستهدف أصلاً

---

(1) حكم محكمة النقض (الدائرة الجنائية)، الحكم الصادر في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٥م، الطعن رقم ٢٥٨٤ لسنة ٥٥ق (جنائي)، مجموعة أحكام النقض (الدائرة الجنائية)، السنة ٣٦، ص١٠٢٧.

(2) ولذا فقد أعملتها محكمة النقض (الدائرة الجنائية) اعتماداً على تطبيق القانون الأصلح للمتهم، يراجع الحكم السالف المشار إليه وكذا الحكم الصادر في ٢٤ مارس ١٩٧٥م الطعن ١٠٠ لسنة ٤٥ق جنائي، مجموعة أحكام السنة ٢٦، ص٢٥٨.

(3) أ.د.رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٥٧.

(4) المرجع السابق، ص٣٦٠.

صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه [1]- ذلك أن نصوص هذا الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام

---

(1) ستخالف المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ صراحة فيما يتعلق بمرجعيتها لأحكام الشريعة الإسلامية. فقد قررت بعد تعديل نص المادة (٢) من التعديل الدستوري عام ١٩٨١م "إن السلطة التشريعية أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية وبحيث لا تخرج في الوقت ذاته- عن الضوابط والقيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية".

- كما جاء في حيثيات الحكم-" لما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على ما سلف بيانه- لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حرمة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه لصدورها فعلاً قبله".
- ولاشك أن قضاء المحكمة بهذا الاحتجاج كان منتقدا من الفقه وفيه تعطيل للرقابة على دستورية القوانين ومخالفة صريحة للمبادئ التي استقر عليها القضاء الدستوري. ولم تكتف المحكمة بهذا القدر من المخالفة بل ذهبت لتوجيه المشرع فيما ينبغي عليه وهو ما لا ينبغي لها - في محاولة منها لتخفيف مخالفتها بهذا الصدد- ولنا أن نتصور أن الدستور السابق كان يجرم العمل الحزبي والدستور النافذ يمنح حق الأفراد تنظيم أنفسهم في أحزاب سياسية وتم منع بعض الأفراد من قبل جهة الإدارة وعدم منحهم رخصة إنشاء حزب استناداً لقانون سابق، ماذا سيكون موقف المحكمة الدستورية عند الطعن بعدم دستورية هذا القانون؟ هذه المقارنة تجعل من قضاء المحكمة الدستورية فيما يتعلق بأحكام الشريعة الإسلامية محل نظر واستغراب.

يراجع في نقد الحكم: أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص١٠٨.

الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين إلتزامها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة"[١].

ومن نافلة القول إن القول بخلاف هذا الاتجاه معناه التزام المشرع الدستوري بالقواعد القانونية العادية ، وهذا فيه إهدار لمبدأ تدرج القواعد القانونية كما أنه يعني- حال فرض عدم الرقابة على القوانين السابقة في صدورها للدستور الحالي- جمود القوانين- بخلاف الواقع- وفرض الرقابة على التعديلات الدستورية لكي لاتخالف القوانين العادية وهذا ما لا يقول به أحد، ومن المتعين التمييز بين حالتين، الأولى : تنظيم الدستور لإصدار القوانين في شكل معين وتعديل هذا التنظيم الشكلي والآخر التنظيم الموضوعي لقواعد دستورية في مجال معين.

مثال الأول نص التعديل الدستوري الأخير عام ٢٠٠٧م على أن "تقوم كل هيئة قضائية على شئونها ويشكل مجلس يضم رؤساء الهيئات القضائية يرأسه رئيس الجمهورية يرعى شئونها المشتركة ويبين القانون تشكيله واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه"[٢].

والنص الدستوري الحالي ألغى الضمانة الدستورية التي نصت عليها المادة المعدلة والمتمثلة في ضرورة عرض أي مشروع قانون على مجلس القضاء وهي ضمانة تحمي حقوق القضاة واستقلالهم من أي تعديل قانوني قد يضر بهم أو باستقلال سلطة القضاء [٣].

---

(1) نقلاً عن الدكتور/ صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، مرجع سابق، هامش ص٦٢، ٦٣.

(2) المادة ١٧٣ من التعديل الدستوري عام ٢٠٠٧م والنص الدستوري السابق للمادة ١٧٣ هو "يقوم على شئون الهيئات القضائية مجلس أعلى يرأسه رئيس الجمهورية ويبين القانون طريقة تشكيله واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه، ويؤخذ رأيه في مشروعات القوانين التي تنظم شئون الهيئات القضائية".

(3) كانت الضمانات الدستورية والقانونية متعددة فيما يتعلق بإصدار تشريعات الهيئات القضائية، أول هذه الضمانات بنص الدستور: ضرورة عرض أي مشروع قانون على المجلس الأعلى للقضاء، بنص المادة ١٧٣ المعدلة ، وكذا عرض أي مشروع قانون على مجلس الدولة بنص المادة ٦٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م الخاص بتنظيم مجلس الدولة، ومن ثم عرض المشروع على مجلس الشورى لإبداء الرأي سابقاً- ولاحقاً للموافقة، وذلك اعتماداً على ضرورة موافقة مجلس الشورى على القوانين المكملة للدستور وبنص المادة ١٩٥ المعدلة، ومن قبل لا خلاف على كون القوانين المنظمة لأحكام الهيئات القضائية من أهم القوانين الأساسية.

هذا الإجراء الشكلي الذي نص الدستور عليه سابقاً يفترض أنه إذا صدر القانون إعمالاً له فلا يتصور الطعن فيه بمخالفته لأحكام الدستور الحالي والعكس إذا صدر قانون مخالف للدستور الذي تم تعديله فإنه يتعين الطعن فيه بعدم الدستورية لمخالفته أحكام وإجراءات الدستور المعدل ، فإذا صدر قانون للسلطة القضائية في ظل الدستور ١٩٧١م ولم يمر على المجلس الأعلى للقضاء لأخذ موافقته على المشروع فإنه يعتبر غير دستوري حتى في حال النص الجديد الذي ألغى هذه الضمانة.

أما الحالة الثانية والمتعلقة بتعديل الدستور لموضوع من موضوعات القوانين فاللازم أن تكون القوانين السابقة مطابقة للدستور الحالي ويتوجه الطعن- حال مخالفتها- بعدم الدستورية، ومن أمثلتها المبادئ الاقتصادية الجديدة التي نص عليها التعديل الدستوري الاخيروالتي ألغت كل ما يتعلق بنظام الاقتصاد الاشتراكي.

وقد طبقت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ في حكمها الصادر في ١٩٨٥/١/٥م حيث قضت بعدم دستورية نص المادة الخامسة من القرار بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٩م المتعلق بالتنظيم الخاص لوزارة الخارجية للجمهورية العربية المتحدة، وذلك فيما تضمنته من النص على أن "يعتبر ترتيب أقدمية أعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي نهائياً وغير قابل للطعن عليه بأي وجه من الوجوه" لتعارضه مع نص المادة ٤٠ من الدستور القائم (دستور ١٩٧١) التي تكفل مبدأ المساواة وأيضاً لتعارضه مع نص المادة ٦٨ التي تحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء [1]. وهذا هو المسلك الذي سارت عليه المحكمة العليا [2].

---

(1) مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٤٠ لسنة ٥ ق، الحكم الصادر بتاريخ ١٩٨٥/١/٥م، الجزء الثالث، ص١٠٢.

(2) طبقت المحكمة العليا هذا الاتجاه في حكمها الصادر في ١٩٧٨/٣/٤م مقرره "عدم دستورية المادة (٩) من القانون رقم (٨٠) لسنة ١٩٤٧م الخاص بتنظيم الرقابة على عمليات النقد معدلة بالقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٥٣م فيما نصت عليه من أنه في حالة عدم الإذن برفع الدعوى يجوز لوزير المالية أو لمندوبة مصادرة المبلغ موضوع المخالفة، وذلك اعتباراً من تاريخ نفاذ الدستور الحالي في ١٩٧١/٩/١١م لتعارض ذلك مع ما نص عليه هذا الدستور في المادة ٣٦ بقوله: إن المصادرة العامة للأموال محظورة، ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي.
- حكم المحكمة العليا بتاريخ ١٩٧٨/٣/٤م في القضية رقم ٣ لسنة ٨ ق دستورية مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، الجزء الثاني، ص١١١.

ويتفرع على المبدأ المتعلق باختصاص القضاء الدستوري برقابة القوانين الصادرة قبل صدور الدستور الحالي نتيجة بالغة الأهمية وهي وقف سريان حجية أحكام المحكمة الدستورية سواء المتعلقة برفض الدعوى (أي بدستورية القاعدة القانونية) أو قبول الدعوى وإبطال القاعدة القانونية والتي صدرت قبل صدور الدستور الحالي إذا ما تغيرت أحكام الدستور بشكل يجعل من قضاء الدستورية يدور وجوداً وعدماً بتغير القواعد الدستورية الموضوعية ، طالما كان اختصاص الرقابة القضائية على دستورية القوانين هو صون الدستور القائم، وهذا هو القيد المهم الذي يسري على مبدأ الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية، لكن هذا القيد لا يمكن أن يتقرر إلا بحكم قضائي من المحكمة الدستورية.

أي أنه لا يمكن التعويل على مجرد تغير النص الدستوري الذي اعتمدت عليه المحكمة الدستورية في حكمها للقول بوقف سريان حكمها السابق وإنما يجب أن يتقرر ذلك بناءً على حكم كاشف من المحكمة الدستورية ذاتها إذا ما رأت أن التعارض بين النص الطعين والنص الدستوري الحالي جلياً وواضحاً ما يدفعها لتغيير اجتهادها وقضائها وفقاً لتعديل الدستور التي تصونُ نصوصه من أي مخالفة سابقة أو لاحقه لإصداره.

٥- المعاهدات الدولية الصادرة بقانون:

تعرف المعاهدات الدولية وفقاً للفقرة الاولى من اتفاقية فيينا بأنها "إتفاق دولي بين دولتين أو اكثر كتابة ويخضع للقانون الدولي سواء تم في وثيقة واحدة أو اكثر وأيا كانت التسمية التي تطلق عليها " ، وفيما يتعلق بموقع المعاهدة الدولية من حيث تدرج القواعد القانونية تذهب بعض الأنظمة الدستورية – ويساندها جانب من الفقه – إلى أن المعاهدة الدولية تعتبر في مرتبة أعلى من القوانين العادية ولكنها لا تصل إلى مرتبة النصوص الدستورية ، ووفقاً لهذا الإتجاه إذا تعارض قانون مع نصوص المعاهدة وجب تغليب المعاهدة بإعتبارها قانوناً أعلى .

وتعتبر فرنسا هي النموذج الأول لهذه الدول [(١)] بينما تذهب غالبية النظم الدستورية إلى أن المعاهدة الدولية تكون لها قوة القانون [(٢)] وحسب ، ومن هذه

---

(1) يراجع: أ.د : رمزي الشاعر ، مرجع سابق ، ص ٣٦٠ ، وفي تفاصيل الإتجاهات الفقهية التي تعتبر المعاهدة الدولية أعلى من الدستور يراجع : عوض عبد الجليل الترساوي ، الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية ، رسالة دكتوراة كلية الحقوق – جامعة القاهرة ٢٠٠٧ / ص ١٨٦ ومابعدها

(2) من هذه النظم الدستورية دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام ١٩٧١ م بنص المادة ١٥١

النظم دستور مصر عام ١٩٧١م وتعديلاته ، حيث جاء في إختصاصات رئيس الجمهورية أن له أن (يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة ، على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة في الميزانية تجب موافقة مجلس الشعب عليها) .

ويستخلص الفقه من سياق النص أن هناك نوعين من المعاهدات التي يبرمها رئيس الجمهورية منها ما يحاط مجلس الشعب علما بها دون أن يكون له دور هام في إنعقادها ، والأخرى - وهي المتعلقة بمعاهدت الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة في الميزانية - تجب موافقة مجلس الشعب عليها وفي كلا النوعين - ما تجب فيها موافقة المجلس وما يبلغ بها مجرد البلاغ – لها قوة القانون العادي ولا تصل إلى مرتبة النصوص الدستورية .

ومقتضى ذلك أمران : الأول : أن مخالفة أي قانون – ومن باب أولى لائحة أو قرار بقانون – لأحكام أي معاهدة أبرمت مع أي دولة لا يترتب عليه جواز الطعن بعدم دستورية القانون أو اللائحة أمام المحكمة الدستورية اذ لا يعدو الأمر أن يكون تعارضا بين نصوص تشريعية في مرتبة واحدة حال كون التعارض مع نصوص القانون ، وتعارضا بين لائحة وقانون حال مخالفة اللائحة للمعاهدة ، وهو في كل الأحوال مما لاتختص المحكمة الدستورية العليا بالفصل فيه .

وهذا ما انتهت إليه المحكمة الدستورية في العديد من أحكامها [1] وما سارت عليه المحكمة العليا منذ نشأتها [2] من أن المعاهدات الدولية لا ترقى إلى مرتبة النصوص الدستورية ولا تعدو أن تكون لها قوة القانون وحسب ، و الأمر الثاني المترتب على هذه النتيجة فيتمثل في مدى خضوع المعاهدات الدولية لرقابة القضاء الدستوري في حال الإدعاء بمخالفتها لنصوص الدستور و أحكامه طالما وليس لها سوى قوة القانون ؟ في هذا الصدد يشير الفقه [3] ويؤكد القضاء الدستوري ضرورة التمييز بين رقابة المحكمة الدستورية للإجراءات الشكلية التي تطلبها الدستور في إصدار المعاهدة وبين رقابة المحكمة على مخالفة المعاهدة للدستور موضوعياً .

---

(1) ذهبت المحكمة الدستورة العليا في حمكها الصادر بجلسة ١٩٨٣/٥/٧ م إلى أنه (لما كانت إتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات بين حكومتي جمهورية مصر العربية والجمهورية اليونانية الموقع عليها بالقاهرة بتاريخ أول ابريل عام ١٩٧٥ م والصادرة بالقرار الجمهوري رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٦م التي تستند إليها المدعية لا تجاوز قوة القانون ولا ترقى إلى مرتبة النصوص الدستورية فإن ماتثيره المدعية من أن الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٨١ عام ١٩٧٦ م تخالف أحكام تلك الإتفاقية أيا كان وجه الرأي في شأن هذه المخالفة لا يعدو أن يكون نعياً بمخالفة قانون لإتفاقية دولية لها قوة القانون ولا يشكل ذلك خروجا على أحكام الدستور المنوط بهذه المحكمة صونها وحمايتها) .
القضية رقم ٣١ لسنة ٣ ق . دستورية ، مجموهة أحكام المحكة الدستورية العليا ، ج٢ ص ١٧٧ .

(2) ذهبت المحمة العليا إلى أنه (بالنسبة إلى المعاهادات الدولية فإن صدور قانون داخلي بأحكام تغايرها لا ينال من دستوريتها ذلك أن المعاهدات ليست لها قيمة الدساتير وقوتها ولا تجاوز مرتبتها مرتبة القانون ذاته)
- القضية رقم ٧ لسنة ٢ ق ، عليا دستورية ، مجموعة أحكام المحكمة العليا ، ج١ ، ص ٢٢٨

(3) يراجع: ا.د : رمزي الشاعر ، مرجع سابق ، ص ٣٦٢
وأنظر في تفاصيل موقف القضاء الدستوري من رقابته للمعاهدات الدولية – عوض عبد الجليل الترساوي ، مرجع سابق ، ص ١٤٠

فلا شك أن للقضاء الدستوري التثبت من توافر المتطلبات الشكلية التي نص عليها الدستور ليكون للمعاهدة قوة القانون سواء فيما يتعلق بإبرامها أو بالتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع الدستورية المقررة في هذا الشأن .

أما بالنسبة لإتفاق المعاهدة موضوعيا مع نصوص الدستور فقد (تتابعت أحكام القضاء الدستوري – في مصر – على رفض إخضاع المعاهدات لأي نوع من أنواع الرقابة ، على سند من القول إنها عمل من أعمال السيادة المحظور على القضاء فحص شرعيتها أو دستوريتها) (١) وإن كان القضاء الدستوري قد حاول في بعض الأحكام وضع معايير لما يعتبر من أعمال السيادة – فلا يخضع للرقابة – وما لا يعتبر من أعمال السيادة – فيخضع لرقابة القضاء الدستوري تخفيفاً من المبدأ الذي ألزم نفسه فيما يتعلق بحظر رقابة أعمال الحكومة المتعلقة بأعمال السيادة . (٢)

كما ميزت بعض الأحكام بين ما تبرمه الحكومة من معاهدات بصفتها سلطة حكم – فلا تخضع للرقابة – وما تبرمه الحكومة كسلطة إدارة – فيخضع للرقابة [٣] .

---

(1) أنظر في هذا : عوض عبد الجليل الترساوي ، مرجع سابق ، ص ٤٥١

(2) جاء في حكم المحكمة الدستورية أن (الرقابة القضائية على دستورية القوانين تجد اساسها- كاصل عام -في مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذي أرساه الدستور ، غير أنه يرد على هذا الأصل ماستقر عليه القضاء والفقه من إستبعاد أعمال السيدة من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلا لدعوى قضائية ...والعبرة في التكييف القانوني لما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها هي بطبيعة الأعمال ذاتها التي – يجمعها إطار عام هي أنها تصدر عن السياسة العليا للدولة بمالها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها مع إحترام الحقوق التي كفلها الدستور وتنظم علاقاتها الخارجية بينها وبين الدول الأخرى)

- القضية رقم ٤٨، لسنة ٤ ق ، دستورية ، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا ج ٣ ، ص ٢٢.

(3) ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه (الإتفاقية المشار إليها إنما تتمحص عن إنشاء بنك يقوم بالأعمال التي تقوم بها البنوك التجارية فلا يسوغ إعتبارها من الأعمال السياسية تنحسر عنها رقابة القضاء الدستوري ولا يغير من ذلك ما تضمنته نصوص

ويعني إعمال مبدأ حظر الرقابة القضائية على أعمال السيادة عدم خضوع المعاهدات الدولية للرقابة القضائية وبالتالي تعطيل أحكام الدستور وتعديله - إستناداً الى نظرية اعمال السيادة والتي أصبحت محل نقد شديد ولا تتماشى مع حظر تحصين اي عمل أو قرار في مواجهة القضاء وهو المبدأ الذي نص علية دستور مصر عام ١٩٧١م - وللحد من التناقض بين الحظرين ، ولتلافي إمكانية تعديل الدستور أو بعض مواده بطريقة غير دستورية أو تعطيل أحكامه بحجة عدم خضوع المعاهدات للرقابة القضائية يذهب جانب من الفقه[1] إلى هجر نظرية اعمال السيادة التي ألزم القضاء الدستوري نفسه بها ، وحجب رقابته على كثير من المعاهدات الدولية التي قد تتضمن أحكاماً مخالفة لنصوص الدستور وإخضاع جميع المعاهدات إلى الرقابة القضائية السابقة ، وذلك لتجنب مشاكل الرقابة القضائية اللاحقة على المعاهدات الدولية إن هي حكمت ببطلانها نتيجة مخالفة أحكام الدستور ، فالرقابة السابقة وقائية وهي خير من العلاج .

الإتفاقية من إمتيازات معينة للمصرف أو لموظفيه أو لأموال المساهمين أو للمودعين التي دفعت الحكومات العربية الموقعة عليها الى تأسيس هذا المصرف).

- القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ ق ، دستورية ، ج ٥ ، المجلد ٢ ، ص ٣٧٦ مشار إليه في أ.د رمزي الشاعر ، مرجع سابق ص ٣٦٤، عوض عبد الجليل الترساوي ، مرجع سابق ، هامش ص ١٤٤

(1) يراجع :عوض عبد الجليل الترساوي ، مرجع سابق ، ص ٤٥٤.

الفرع الثاني

القوانين التي تخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا

بما أن القاعدة القانونية من الناحية الموضوعية تشمل كل قاعدة قانونية سواء كانت دستورية أو تشريعية أو لائحية فإن السؤال يثار حول مدى اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على التعديلات التي تجرى للدستور ، وكذا حالات التعارض بين القواعد التشريعية ذات المرتبة القانونية الواحدة ، ونأتي هنا لبيان موقف المحكمة الدستورية من الرقابة على التعديلات الدستورية والتعارض بين القوانين ذات المرتبة الواحدة:-

أولاً: التعديلات الدستورية:

الرقابة القضائية على دستورية القوانين أصل مبتغاها صون الدستور القائم وحماية أحكامه وقواعده من مخالفة التشريعات الأدنى منه له "فلا شبهة أن الوثيقة الدستورية التي تضم مواد الدستور من أولها إلى آخرها هي المرجع الأساسي الذي ترجع إليه المحكمة الدستورية لكي ترى ما إذا كان نص معين في قانون يتفق مع ذلك الدستور فتقضي بدستوريته أو لا يتفق معه فتقضي بعدم دستوريته" (١) ولذا إذا ما أقرت قاعدة دستورية أو أكثر نتيجة تعديل دستوري فلا يخضع هذا التعديل الدستوري لرقابة المحكمة الدستورية "ولا يوجد أي شك في عدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بإجراءات إصدار الدساتير وما انطوت عليه من أحكام أو تعديلها" (٢) وهذا ما أوضحته المحكمة الدستورية العليا في حكمها بمناسبة طلب المدعي الحكم بعدم دستورية المادتين ٧٦، ٧٧ من الدستور بشأن طريقة ترشيح رئيس الجمهورية ومدة ولايته لتعارضهما مع الأحكام الواردة بالباب الثالث من الدستور وخاصة المادتين ٤٠، ٦٢ منه بما يشكل إخلالا بمبدأ المساواة ، وورد بالحكم أن "ذلك مردود بأن الدستور لا يندرج في مفهوم القوانين التي تباشر المحكمة الدستورية العليا الرقابة عليها في نطاق ولايتها

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١٨٤.

(2) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٦٧. في الوقت الذي يطالب فيه جانب من الفقه إخضاع التعديلات الدستورية من حيث توافر الشروط الشكلية التي استلزمها الدستور، يراجع د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٩٥.

المنصوص عليها في صدر المادة ٢٩ من قانونها، وبأن الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا- كلاهما- إذ قصرا ولاية المحكمة الدستورية العليا- في مجال الرقابة على الشرعية الدستورية- على النصوص القانونية دون غيرها سواء في ذلك تلك التي أقرتها السلطة التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها الدستورية فإن قالة إخضاع الدستور لهذه الرقابة تكون مجاوزة حدود هذه الولاية، وهو ما لا تختص به المحكمة الدستورية العليا" (١) وهذا الاتجاه ما ذهبت إليه المحكمة العليا سابقاً بتأكيدها أن "إثارة المطاعن حول إجراءات إصدار الدساتير وما انطوت عليه من أحكام تتناول مسائل سياسية لا يدخل النظر فيها أو التعقيب عليها في ولاية هذه المحكمة التي يقتصر اختصاصها في شأن رقابة الدستورية على الفصل في دستورية القوانين وفقاً لما تقضي به المادة الأولى من قانون إنشائها...."(٢).

وإذا كان القضاء الدستوري قد قرر بما لا يدع مجالاً للشك عدم اختصاصه برقابة التعديلات الدستورية فإن القضاء الإداري ممثلاً بمجلس الدولة قد ذهب إلى أبعد من ذلك فقرر عدم "جواز أن يوجه لأحكام الدستور الصريحة القاطعة النقد أمام القضاء" معللاً ذلك بأن "الدستور هو الأساس لكل قاعدة قانونية تشريعية في الدولة ويتعين أن ترد على كل قاعدة منها آلية لتحديد ما إذا كانت قد صدرت على نحو سليم دستورياً وتضمنت أحكاماً متوافقة دستورياً مع أحكامه من عدمه، ولا يحاكم الدستور على الإطلاق بأية قاعدة قانونية أخرى، حيث تعلو وتسمو قواعده على أية قواعد قانونية أخرى، وتسود الأحكام الدستورية كل مراتب البناء التشريعي القانوني في الدولة ، كما أنه ترتفع سيادة وإرادة الشعب الصادرة عنها القواعد الدستورية التي يحتويها الدستور بين دفتيه على كل إرادة أخرى"(٣).

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٩٤/٢/٥م القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ق، المجموعة ، الجزء السادس، ص١٤٠.

(2) حكم المحكمة العليا الصادر في ١٩٧٨/٤/١م، القضية رقم ١١ لسنة ٧ق عليا دستورية، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، الجزء الثاني، ص١٢٩.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٧ يونيه ١٩٩٢م، الطعن رقم ٥٦٨ لسنة ٣٧ق، وكذا الحكم الصادر في ٣١ مايو ١٩٩٢م الطعن رقم ٢٤٦٨ لسنة ٣٧ق.

وبهذا حجب القضاء الدستوري والإداري اختصاصه بنظر أي طعن موجه ضد أي تعديل دستوري أو حتى مجرد النقد أمام ساحة القضاء ضد أي نص دستوري تم تعديله .

ومع سيطرة الأحزاب الحاكمة على زمام المبادرة في التعديلات الدستورية ومع غياب الضوابط التي تحكم الاستفتاءات المتعلقة بتعديلات الدساتير، ومع إمكانية الأحزاب الحاكمة المسيطرة على السلطة التنفيذية والتشريعية وأجهزة الإعلام لإجراء أي تعديل دستوري لم يعد هناك من رقيب سوى الوعي القانوني والرقابة الشعبية لهذه التعديلات والتي تتم على حين غرة وبالجملة.

ثانياً: التعارض بين القوانين ذات المرتبة الواحدة:

نقصد هنا القوانين بمعناها الشكلي أي الصادرة من السلطة التشريعية- والمتساوية في المرتبة حال افتراض تعارض بعض نصوصها مع البعض الآخر، هل يمكن توجيه الطعن لإزالة هذا التعارض أمام المحكمة الدستورية العليا؟

بصدد الإجابة على هذا التساؤل يفرق جانب من الفقه بين القوانين العادية وتعارضها مع بعضها وبين تعارضها مع القوانين المكملة للدستور (الأساسية).

فالأولى لا خلاف على عدم اختصاص المحكمة الدستورية بنظر هذا الطعن وعدم اختصاصها للفصل في هذا التعارض باعتبار أن اختصاصها مقصوراً على ممارسة الرقابة على دستورية القوانين "فلا يجوز الطعن أمامها في قانون لمخالفته لنص قانوني آخر مماثل له في المرتبة ، إذ أن الطعن بعدم الدستورية يعني مخالفة تشريع أدنى لتشريع أعلى منه"[1] وليس مخالفة تشريع لآخر مساو له.

وإذا كان القضاء الدستوري لا يختص برفع هذا التعارض فليس معنى ذلك بقاء مثل هذا التعارض فتختص جميع المحاكم على اختلاف درجاتها ببحث هذا التعارض بين هذه القوانين ذات الدرجة الواحدة ، وتقرير حالات الإلغاء الصريح أو الإلغاء الضمني بين نصوصها. والقاعدة بالنسبة لتعارض القوانين ذات المرتبة التشريعية الواحدة أن ينسخ اللاحق منها السابق فيما يتعارض معه،

---

(1) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٦٩.

على اعتبار أن السلطة المختصة بإصدار تلك القوانين هي سلطة واحدة تملك أن تعدل فيها بحسب مقتضيات السياسة التشريعية وبحسب الحاجة والظروف.

ويؤيد هذا الاتجاه الفقهي ما جرى عليه القضاء الدستوري سواء في ظل المحكمة العليا سابقاً أو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في أحكامها المتواترة على عدم اختصاصها بنظر الطعون القائمة على التنازع بين القوانين ذات المرتبة الواحدة، ومن ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا الذي قررت فيه أن "ما ينعاه المدعى من تعارض بين النص المطعون فيه وبين كل من القانون المدني وقانون تنظيم الشهر العقاري مردود - وبفرض صحة هذا الإدعاء- بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن اختصاصها بالفصل في المسائل الدستورية مبناه مخالفة نص في قانون لقاعدة دستورية، فلا يمتد لحالات التعارض بين التشريعات ذات المرتبة القانونية الواحدة"[1].

ويدب الخلاف فقها عند مخالفة القانون العادي لقاعدة في أحد القوانين الأساسية (المكملة للدستور). فيذهب جانب من الفقه إلى عدم اختصاص المحكمة الدستورية لبحث هذا التعارض باعتبار أن القوانين الأساسية مرتبتها هي ذات مرتبة القوانين العادية ولا ترقى إلى مرتبة النصوص الدستورية [2]، وبالتالي

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٩٤/١/١م، القضية رقم ٢٢ لسنة ١٢ق، المجموعة ، الجزء السادس، ص١٠٥. والذي كان محل الطعن فيه الدفع بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م بشأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر لمخالفتها أحكام القانون المدني وقانون تنظيم الشهر العقاري.

ومن الأحكام التي أكدت أن الطعن بمخالفة أي قانون لقانون أخر لايمتد إليه ولاية المحكمة الدستورية ولايشكل خروجاً على أحكام الدستور.

- حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩ يونيه ١٩٨٨م، القضية رقم ٢٦ لسنة ٢ق، المجموعة ، جزء٤، ص١٤٠.

- حكم المحكمة العليا سابقاً- الصادر بتاريخ ١٩٧٤/١/١٩م، القضية رقم ٤ لسنة ٣ق عليا دستورية، مجموعة أحكام المحكمة العليا، الجزء الأول، ص١٤٤.

(2) د. عادل عمر الشريف، قضاء الدستورية، مرجع سابق، ص١٩٠.=

تختص جميع المحاكم بالنظر في هذا التعارض دون القضاء الدستوري وهو ما نرجحه للأسباب التي سقناها سلفاً في الحديث عن القوانين المكملة للدستور.

أما الجانب الآخر فيذهب إلى تقرير اختصاص القضاء الدستوري لرقابة تعارض القوانين العادية مع القوانين الأساسية وإخضاع الأولى لمراقبة مدى اتفاقها مع القوانين الأساسية على اعتبار أن القوانين الأساسية في مرتبة أعلى من القوانين العادية نظراً لاختلاف إجراءات إصدارها عن إجراءات إصدار القوانين العادية خاصة بعد تعديل الدستور عام ١٩٨١م والذي تطلب عرض تلك القوانين على مجلس الشورى لإبداء الرأي، وإذا كان هذا رأيهم في ظل دستور ١٩٨١م الذي ألزم المشرع عرض القوانين الأساسية على مجلس الشورى لإبداء الرأي فمن باب أولى بعد التعديل الأخير عام ٢٠٠٧م الذي حدد على سبيل الحصر ما هي القوانين الأساسية بالإضافة إلى اشتراطه موافقة مجلس الشورى عليها وليس إبداء الرأي فيها.

والواقع أن القوانين الأساسية تظل من الناحية الموضوعية قوانين عادية ولا تصل إلى مرتبة النصوص الدستورية ، حتى مع اختلاف الإجراءات التي تصدر بها، ويظل اختصاص القضاء الدستوري هو حماية النصوص الدستورية من أي مخالفة لها سواء من القوانين العادية أو الأساسية أو اللوائح المنفذة لها.

= ومن أصحاب هذا الاتجاه د. عمرو بركات، مبادئ القانون الدستوري، ص١٤٧. د.شعبان رمضان، مرجع سابق، ص٣٢٣. د.جورج شفيق ساري، اختصاصات المحكمة بالتفسير، ص١٣٣. د.جمال العطيفي، مجموعة القوانين الأساسية. أما الاتجاه الأخر فيمثله، د.رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص٣٧٢. د.محمد السناري، الشريعة الإسلامية وضوابط الرقابة على دستورية القوانين في مصر، ١٩٨٦، ص١٥٤.

الفرع الثالث
اللوائح التي تختص برقابتها المحكمة الدستورية العليا

تنقسم اللوائح إلى قسمين من حيث القوة والمرتبة في السلم القانوني ومن حيث ظروف إصدارها.

القسم الأول هي اللوائح التي لها قوة القانون ، وبالتالي يمكن أن تعدل أو أن تلغي تشريعاً برلمانياً، فهي لا تفترق عن القوانين العادية الصادرة من السلطة التشريعية إلا في كونها صادرة من السلطة التنفيذية ، ولذا فهي لا تصدر إلا في حالات الضرورة وفي ظروف استثنائية ، وتتمثل في لوائح الضرورة [١] واللوائح التفويضية [٢].

---

(1) لوائح الضرورة: هي القرارت بقوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية وتضمنت أحكامها المادة ١٤٧ من الدستور المصري بقولها "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً وتعرض في اول اجتماع له في حالة الحل او وقف جلساته فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر".

(2) اللوائح التفويضية: تضمنت أحكامها المادة ١٠٨ من الدستور المصري، وبمراجعة نصوص المادتين يتبين الفرق بين لوائح الضرورة واللوائح التفويضية وذلك في الأثر المترتب على عدم عرض كل منهما على مجلس الشعب وكذلك في رفض مجلس الشعب لأي منهما، فعدم عرض لوائح الضرورة وفقاً للمادة ١٤٧ على مجلس الشعب خلال المدة المحددة في الدستور يترتب عليه زوال ماكان لها من قوة القانون بأثر رجعي وبالتالي إلغاء جميع الآثار التي ترتبت على القرار بقانون، في حين يترتب على عدم عرض القوانين الصادرة بتفويض من المجلس وفقاً للمادة ١٠٨ زوال ما كان لها من قوة القانون وكذلك الحال إذا عرضت على المجلس ولم يوافق عليها ولايتضمن الإلغاء في الحالتين بأثر رجعي في الوقت الذي تميزت المادة ١٤٧ على حالة عرض القرارات بقوانين بين عدم الموافقة من المجلس فتلغي بأثر رجعي وبين موافقة المجلس على تسوية نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر وذلك نظراً لما قد يرتبه الإلغاء بأثر رجعي من صعوبات، ويأتي الفرق بين هذا الإلغاء بأثر رجعي وعدمه في اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة من أن اللوائح التفويضية تصدر بناء على تفويض من صاحب السلطة التشريعية فما يصدر بعدالتفويض يكون صحيحاً= =ما لم يلغه صاحب السلطة في المستقبل وليس بأثر رجعي، أما حالة الضرورة فلم

أما القسم الثاني فهي اللوائح العادية اللازمة للسير العادي للإدارة وهي اللوائح التنظيمية(1) ولوائح الضبط (2) واللوائح التنفيذية (3).

يسبقها تفويض من صاحب السلطة التشريعية وهذه الاخيرة تعمل رقابتها على ما صدر خلال فترة الضرورة، كما أن اللوائح هذه جميعها تنظم عرض ما يصدر من قرارات لها قوة القانون على مجلس الشعب وبالتالي فإن القرارات بقانون لا يمكن أن تنصب على القوانين الأساسية المنصوص عليها في المادة ١٩٥ من الدستور سواء في ظل دستور ١٩٨٠م أو حتى في الدستور المعدل عام ٢٠٠٧م والذي استلزم عرض مشاريع القوانين الأساسية على مجلس الشورى وضرورة موافقته عليها لأن القول بتوقف نفاذ القرارات بقوانين على موافقة مجلس الشعب وحده دون مجلس الشورى فيه إهدار لما تغياه المشرع الدستوري من إحاطة تلك القوانين بضمانات عرضها للموافقة عليها من قبل مجلس الشورى المستحدث في دستور ١٩٨٠م والمعطى له دور أوسع في ظل التعديل الأخير عام ٢٠٠٧م.

(1) اللوائح التنظيمية: هي التي توضع بقصد إنشاء وتنظيم المرافق العامة ورسم قواعد سيرها، ونصت المادة ١٤٦ من الدستور على اختصاص رئيس الجمهورية دون غيره في إصدارها بقولها "يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة".

(2) لوائح الضبط: يقصد بها اللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاثة: الأمن العام، والسكينة العامة، والصحة العامة، وبمقتضاها تضع سلطة الضبط الإداري قواعد عامة تتدخل في الحريات والنشاط الخاصة وتتضمن في الغالب عقوبات لمن يخالف أحكامها، مثل لوائح تنظيم المرور، وتراخيص إنتاج الأغذية ومراقبتها وتنظيم المحال العمومية والخطرة المضرة بالصحة والمقلقة للراحة، وقد نظمت أحكام إصدارها المادة ١٤٥ وجعلت ذلك الحق بيد رئيس الجمهورية دون غيره "يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط".

(3) اللوائح التنفيذية: هي اللوائح الخاصة بتنفيذ القانون وقد تتضمن إضافة أحكام جديدة للقانون لتكملته بشرط أن يكون ذلك لازماً وضروريا لتطبيق القانون وتسهيل تنفيذه، ونظمت المادة ١٤٤ من الدستور أحكام إصدار اللوائح التنفيذية بقولها "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه".

وبهذا يتبين أن لرئيس الجمهورية أن يصدر اللوائح التنفيذية كما له أن يفوض غيره في إصدارها بالإضافة إلى إمكانية أن يحدد القانون الجهة التي تصدر اللوائح التنفيذية بخلاف اللوائح الأخرى والقرارات بقوانين.=

= - لمزيد من التفاصيل في ذلك يراجع: الدكتور/ عاطف البناء، الرقابة القضائية على دستورية اللوائح، القاهرة، ١٩٩٢م، ص١٠٥، وله بحث منشور في مجلة القانون

وقد سبق الإشارة إلى الخلاف الفقهي حول مد المحكمة العليا رقابتها على اللوائح وانتصار المشرع الدستوري لمذهب المحكمة العليا في رقابتها على اللوائح وكذا تنظيم القانون لهذا الاختصاص، وبالرغم من وضوح النص الدستوري في المادة ١٧٥ على اختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة دستورية (القوانين واللوائح) وكذا نص المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية واطلاقهما دون تخصيص لنوع معين من أنواع اللوائح إلا أن جانباً من الفقه حاول قصر اختصاص المحكمة الدستورية لرقابة دستورية لوائح الضرورة واللوائح التفويضية على اعتبارها قوانين صادرة من السلطة التنفيذية دون باقي اللوائح الأقل منها في السلم القانوني واعتماداً على أن اللوائح التنفيذية ولوائح الضبط والتنظيمية تخضع لرقابة المشروعية ويختص القضاء الإداري بإلغائها وأنها في الغالب تكون مخالفة للقانون وليس للدستور [1].

والواقع أن هذا الاتجاه لا يجد ما يسنده خاصة بعد تبرير المحكمة العليا سابقاً والمحكمة الدستورية لاحقاً لخضوع اللوائح- أياً كانت درجتها وقوتها- لرقابة الدستورية وبعد انتصار المشرع الدستوري لهذه التبريرات وإعطاء المحكمة الدستورية العليا الاختصاص برقابة دستورية القوانين واللوائح مطلقاً.

وما ينبغي الإشارة إليه في مقام الحديث عن رقابة المحكمة الدستورية العليا للوائح أن تلك الرقابة تنحصر في صورة مخالفة اللائحة للدستور وحسب، أما إذا كانت اللائحة مخالفة للقانون فلا تخضع لرقابة الدستورية وإنما للطعن بعدم المشروعية أمام القضاء الإداري، كما قد تخالف اللائحة القانون والدستور معاً ، وفي هذه يجب على القاضي أن يبحث مشروعيتها ولا يحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية لأن عيب عدم الدستورية احتياطي بالنسبة لعيب عدم المشروعية [2].

والاقتصاد، السنة ٤٨ العددان الأول والثاني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م، ص٢٢٨.

- أ.د. سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ١٩٨٨م، ص٥١٢.
- أ.د. رمزي الشاعر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٨٠.

(1) د. عاطف البنا، مرجع سابق ، ص٢٢٩.

(2) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٨١. د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٨٩

وبهذا ننهي الحديث عن تشكيل القضاء الدستوري في ظل المحكمة الدستورية العليا ونأتي للحديث عن تشكيل القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية مستمدين العون من الله سبحانه وتعالى.

المبحث الثاني

تشكيل القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية

نخصص هذا المبحث للحديث عن القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها مهد الرقابة القضائية على دستورية القوانين في النظم السياسية المعاصرة، وبما أن السلطة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية تعتمد في إقرارها للرقابة على دستورية القوانين على السوابق القضائية وليس على أساس النص القانوني ، فإننا سنفرد المطلب الأول للحديث عن دور القضاء الأمريكي في نشأة الرقابة على دستورية القوانين، ونخصص المطلب الثاني للحديث عن تشكيل المحاكم الأميريكية في فرعين : الأول منه للقضاء الاتحادي ، والثاني لقضاء الولايات اعتمادا على أن القضاء الأمريكي يأخذ بفكرة لامركزية الرقابة ، الأمر الذي يقتضي بالضرورة الحديث عن السلطتين القضائيتين: قضاء الاتحاد وقضاء الولايات على النحو التالي:-

المطلب الأول: دور القضاء الأمريكي في نشأة الرقابة على دستورية القوانين.

المطلب الثاني: تشكيل المحاكم الأمريكية.

المطلب الأول

دور القضاء الأمريكي في نشأة الرقابة على دستورية القوانين

تعتمد المحاكم الأمريكية من حيث ما يناط بها من عمل على القانون العام *Common Law* الإنجليزي ومحاكم الإنصاف والعدل ، وهي النظم القانونية التي رسخها البريطانيون في أمريكا الشمالية خلال احتلالهم لها في القرنين السابع عشر والثامن عشر، [1] ومن الأصول الموروثة من القانون الإنجليزي الأخذ بالقواعد القانونية المستخلصة من مجموعة الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف والمحاكم العليا والمعروفة بالسوابق القضائية [2]، وبما أن القضاء الأمريكي لا يعرف التخصص النوعي بمعنى عدم وجود قضاء إداري أو دستوري [3] أو جنائي متخصص ، فقد تمكن القضاء من خلق مبدأ الرقابة على دستورية القوانين ، وكان له دور واضح في ذلك ندرسه في الفرعين التاليين:-

الفرع الأول: السوابق التي مهدت لفكرة الرقابة على دستورية القوانين.

الفرع الثاني: (حكم مارشال) في قضية ماربوري ضد ماديسون.

---

(1) يراجع مقالة: *Calvin Woodrad, p.500-501*.
يستثنى من ذلك ولاية لويزيانا التي تعتمد محاكمها على نظام القانون المدني الفرنسي، يراجع : د. محمد ظهري محمود، المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية، مكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٦، ص٥.

(2) المرجع السابق، ص٧.

(3) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٠١.

الفرع الأول

السوابق التي مهدت لفكرة الرقابة على دستورية القوانين

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول التي ظهرت فيها الرقابة القضائية على دستورية القوانين دون نص دستوري صريح بها [١] ولذا يعدها جانب من الفقه الوطن الأم لهذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين ومنها انتشرت إلى غيرها من دول العالم [٢].

وعند بحث أسباب نشأة الرقابة القضائية - في ظل غياب نص دستوري صريح بها رغم ما تثيره من جدل فكري وسياسي متمثل في تمكين هيئة قضائية وإعطائها الحق في التحقق من تطابق القانون مع الدستور ورد أي تجاوز من البرلمان(المنتخب من الشعب) إلى الحدود التي رسمها وحددها الدستور- يشير جانب من الفقه أنه "عندما انتفت الثقة في قدرة الرقابة الدستورية عن طريق الهيئة السياسية أياً كانت طريقة تشكيلها على أداء مهمتها وتحقيق الهدف اتجهت الأفكار إلى البحث عن طرق أخرى تكون أكثر فائدة، ووجدت ذلك في جعل الرقابة على دستورية القوانين من اختصاص هيئة قضائية" [٣].

في الوقت الذي يشير جانب آخر من الفقه إلى "أن نشأة الرقابة على القوانين ليست في الواقع ظاهرة قانونية خالصة ولا هي ثمرة مقارنة نظرية هادئة بين مزايا الرقابة القضائية وعيوبها، وترجيح واع لهذه المزايا على تلك العيوب وإنما ظهرت هذه الرقابة نتيجة تفاعل عدد كبير من الظروف القانونية والسياسية

---

(1) جيروم، بارون، وس توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، ط٢، ترجمة: محمد مصطفى غنيم، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العلمية، د.ت، ص١٥.

(2) أ.د. محمد عبدالعال السناري، القانون الدستوري ونظرية الدولة والحكومة، دار النهضة العربية، د.ت، ص٢٤٥.

(3) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٩٣.

والاقتصادية التي لازمت المجتمع الأمريكي"[١] وجعلت في نظام الرقابة ظاهرة سياسية وقانونية مركبة [٢].

ولذا لا يمكن التسليم في مجال الحديث عن أسباب نشأة الرقابة القضائية على ما عول عليه الرأي الأول من تبسيط المشكلة والمتمثلة في ترجيح كفة الرقابة القضائية على السياسية وإخفاق الأخيرة عن أداء دورها لأن هذا القول يفترض سلفاً وجود رقابة سياسية أخفقت ورجح عليها الرقابة القضائية وهذا ما لا يشير إليه أحد ممن أرخ لقيام الرقابة القضائية، آية ذلك أن الرقابة سواء السياسية أو القضائية كانت محل جدل فكري وسياسي- وقانوني طويل- آنذاك- ولم تكن من المسلمات القانونية ناهيك عن أن الرقابة السياسية ماتزال قائمة في الدول التي أخذت بها إلى اليوم- مثل فرنسا- في الوقت الذي استمرت فيه الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية إلى يومنا هذا دون نص دستوري أو قانوني ينظمها وإنما بخلق عرف قضائي لم يجعل من "تلك الرقابة جزءاً من النظام القانوني الأمريكي فحسب وإنما صارت جزءاً من نظام الحياة الأمريكية كلها"[٣].

ومع "ميل كثير من الكتاب خارج الولايات المتحدة إلى المبالغة في تبسيط هذه المشكلة فيردون سلطة القضاء الأمريكي في الرقابة على دستورية القوانين إلى وجود النظام الاتحادي[٤] وتوزيع الاختصاصات الدستورية المختلفة بين

---

(1) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة. مرجع سابق، ص٤٠ ،خالد النقبي، مرجع سابق، ص١٤٨.

(2) المرجع السابق، ص١٢.

(3) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص١٢.

(4) أنظر في هذا إلى:

- د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٦٧.
- المستشار/ خالد النقبي، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٥٠.
- د. علي الباز، المرجع السابق، ص١٢٢.
- د. سعد عصفور، مرجع سابق، ص١٢٨.
- *Jaques lambert: les origins du controle de la Constitionnalite des federales aux etats unis. Revue du drait puplic. Paris 1931, pp.5 et suv.*

الحكومة المركزية وحكومات الولايات، وقد يضيف بعضهم إلى ذلك سبباً آخر هو اتباع نظام الدستور المكتوب وقيام المحاكم بتفسيره وتطبيقه كما تطبق سائر القوانين" [1] إلا أن هذه العوامل ليست سبباً كافياً لقيام الرقابة القضائية ولا هو شرط ضروري لممارسة القضاء لها، فالمتأمل للدراسات التطبيقية والتاريخية لنشأة الرقابة القضائية في الولايات المتحدة يلحظ تزامناً وتناوباً بين نشأة الاتحاد الفدرالي الأمريكي ونشأة المحكمة العليا والتي ساهمت بشكل ملحوظ في إقرار الرقابة القضائية وتشييد معالمها.

فالتزامن واضح منَ أن اتحاد الولايات نشأ بوثيقة دستورية مكتوبة حددت سلطات الحكومة المركزية وحكومات الولايات مع محاولة خلق توازن بينها- بادئ الأمر- وفي نفس الوقت أنشأت الوثيقة الدستورية المحكمة العليا بنص صريح والأخيرة ساهمت بدور فعال في ترجيح كفة الاتجاهات الفدرالية والمتمثلة في تقوية سلطات الحكومة المركزية على حساب حكومات الولايات عن طريق الرقابة على دستورية القوانين ، الأمر الذي أدى إلى استمرار الاتحاد وتقوية جانبه- مع مساهمة العوامل السياسية والتاريخية والاقتصادية [2] الأخرى- في تقوية الحكومة الاتحادية المركزية على حساب حكومات الولايات. وعلى ضوء هذا يمكن فهم العبارة المتداولة في الكتب الأمريكية والمأثورة عن القاضي هولمز حيث يقول: "إن الاتحاد الأمريكي لن تنفصم عراه إذا امتنعت المحكمة عن رقابة دستورية ما يصدره الكونجرس من قوانين، ولكنها تنفصم إذا حرمت تلك المحكمة

- *Max Farrand: the faming of the constitution of the united states America, 1913.*

(1) د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٧.

(2) يشير الدكتور أحمد كمال أبو المجد في دراسته المتعمقة عن الرقابة القضائية في أمريكا ، ص ١٠٠، إلى العوامل التي ساهمت في ازدياد سلطات الحكومة المركزية والتي من أهمها (قصور موارد الولايات عن تلبية الحاجات الجديدة للمجتمع والمعاونات المالية للولايات والتي كان لها أثرٌ واضحٌ في ازدياد سلطات الحكومة المركزية خاصة وأن تلك المعاونات غالباً ما تكون مشروطه بإصلاحات تشريعية وإدارية كانت تخضع الولايات لسلطات الحكومة المركزية كنتيجة حتمية لقبول هذه التبرعات حتى اشتهر المبدأ المتعلق بالتدخل والرقابة تبعاً للدولار(*Control follows the dollar*).

من رقابة تشريعات الولايات"[1] ولذا يؤكد الأستاذ بيردو على دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في حماية واستقلال الاتحاد والتي مارستها المحكمة العليا الأمريكية بقوله: "إن الرقابة لم تنشأ لحماية استقلال الولايات- وهذا خطأ كثير الانتشار- وإنما نشأت لحماية الاتجاهات المركزية، كما أن المنادين بالرقابة لم يفكروا فيها بادئ الأمر- باعتبارها أداة للحرية بل كوسيلة لإنجاح تصور سياسي يهدف إلى دعم الاتحاد"[2].

أما التناوب فواضح من التفاعل بين نشأة الاتحاد الأمريكي ووجود قضاء ساهم في إرساء الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، والأخيرة ساهمت في استمرار الفدرالية وتقوية سلطات الحكومة الاتحادية سواء بسواء مع تضافر الظروف السياسية والاقتصادية الأخرى والتي ساهمت في إرساء الولايات المتحدة بالشكل الذي وصلت إليه اليوم أوج قوتها.

ويتبين بوضوح دور المحكمة العليا من خلال إقرارها لحق الرقابة على دستورية القوانين في المحافظة على دستور الولايات المتحدة، وبالتالي المحافظة على استمرار الاتحاد الأمريكي، فهذا الدستور الأمريكي هو أقدم دستور مكتوب مايزال سارياً بفضل حماية المحكمة العليا له، وقد منح الدستور المحكمة العليا سلطة قوية كما أنشأ حكومة مركزية قوية ، وهو مرن بما فيه الكفاية لتلبية الاحتياجات المتجددة للجمهور.

ومع التسليم بتضافر عوامل عدة ساهمت في تقرير سلطة القضاء الأمريكي في ممارسة هذه الرقابة وتطورها إلا أن الفقه يرى أن أسباباً أربعة تعاونت وبشكل رئيسي في تقرير تلك السلطة وهي:

"السبب الأول: التميز الحاسم بين القوانين الدستورية باعتبارها القواعد القانونية العليا أو الأساسية *Fundamental Laws* وبين القوانين العادية التي تصدر عن الهيئة التشريعية.

---

(1) المرجع السابق، ص١٠٥، وتراجع العبارة في شوارتز، ص٢١٥.

- *Colleted legal papris, 1920, p.295.*

(2) بيردو، المطول في علم السياسة، ١٩٦٩، ج٤، ص٤٢٧.

السبب الثاني: قيام النظام الدستوري الأمريكي على المبدأ الاتحادي وتوزيع الاختصاصات الدستورية بين حكومة مركزية وحكومات متعددة في الولايات المختلفة.

السبب الثالث: مبدأ الفصل بين السلطات الذي راج في الفكر الأوروبي خلال القرن الثامن عشر والذي انتقل إلى القارة الأمريكية.

السبب الرابع: وجود عدد من السوابق الدستورية والسياسية التي عاصرت نشأة الحكومة الأمريكية والتي يعد كثيرٌ منها صوراً بدائية أو تمهيداً على نحو ما لفكرة الرقابة"(١).

وبما أن الأسباب الثلاثة سالفة الإشارة إليها خارج إطار العنوان المدروس فإننا نركز هنا وباختصار إلى القضايا والسوابق التي مهدت لقيام الرقابة القضائية والتي أشار إليها الفقهاء الذين أرخوا لتطور الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية.

أولاً: رقابة المجلس المخصوص في المملكة المتحدة:

كان من نتيجة الاستعمار البريطاني على القارة الأمريكية إحكام السيطرة على سلطات كثيرة من ولاياتها حتى تلك التي منحت عهوداً من التاج البريطاني فقد نصت تلك العهود- كما نصت بعض القوانين التي أصدرها البرلمان الإنجليزي- على أن التشريعات التي تصدرها المجالس النيابية في المستعمرات لا يجوز أن تتعارض مع القانون الإنجليزي.

وقد مارست الحكومة الإنجليزية رقابتها على أعمال المجالس التشريعية عن طريق اشتراط رفع تشريعات المستعمرات إلى لندن للموافقة عليها أو رفضها بمعرفة المجلس المخصوص *Privy Council*.

هذه الرقابة مهدت السبيل في الفكر الأمريكي لقبول مبدأ الرقابة على القوانين بعد أن تحولت المستعمرات إلى ولاية مستقلة (١).

---

(١) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص٣٩، ،د.عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص١٦٧، المستشار/ خالد النقبي، مرجع سابق، ص١٥٠.

الغريب أن الولايات المستقلة من الاستعمار البريطاني قد استفادت من بعض الأنظمة الإنجليزية بعد تحررها ، بل سعت تلك الولايات منذ استقلالها عن بريطانيا إلى تكوين اتحاد فيدرالي (الولايات المتحدة الأمريكية) الذي كان سبباً في قوتها وتكوين مؤسساتها الدستورية واضحة المعالم والسلطات في الوقت الذي انقشع الاحتلال البريطاني عن المنطقة العربية ولم تسع الدول بعد تحررها من الاحتلال إلى الاتحاد .

عوداً على بدء، لم تكتف المجالس المخصوصة بلندن في الرقابة على تشريعات القوانين بل منحت نفسها حق استئناف الأحكام الصادرة من السلطة القضائية في تلك المستعمرات، وعن طريق ذلك التقليد ألِف الأمريكيون أن تعرض قضاياهم أمام جهة عليا للبت فيها نهائياً [٢]، وكانت مهمة هذه المجالس التأكد من خضوع القوانين العادية للميثاق وعدم الخروج على أحكامه [٣].

ثانياً: مجالس المراجعة في بعض الولايات *Council of Censors*:

وضعت بعض الولايات قبل نشأة الاتحاد نظاماً خاصاً لحماية الدساتير وقررت جزاءً محدداً لكل خروج على أحكامها وطبق هذا النظام في ثلاث من الولايات، هي بنسلفانيا[٤] ونيويورك[٥] وفورمونت[١].

---

(1) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٥٣. د.عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص١٦٧. المستشار/ خالد النقبي، مرجع سابق، ص١٥٥.

(2) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٥٥. د.عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص١٦٨.

(3) د. عادل الطباطبائي، النظام الاتحادي في الإمارات العربية، دكتوراه، جامعة عين شمس، مطبعة القاهرة، ١٩٧٨، ص١٩٢.

(4) بنسلفانيا: نص دستورها الصادر عام ١٧٧٦ على أنه "لا يجوز مخالفة أحكام الدستور أو إعلان الحقوق" وقد تم انتخاب ممثلين عن كل مدينة أو إقليم يجتمعون بصفة مجلس رقباء مهمتهم أن يتحققوا من أن الدستور لم يعتدى عليه. وقد منح هذا المجلس سلطات واسعة لمباشرة مهامه منها توجيه الاتهام لمخالفي الدستور.

(5) نيويورك: نص دستورها الصادر عام ١٧٧٧ على أن "الهيئة التشريعية قد يعوزها في عملها شئ من التأني فتصدر قوانين تتعارض مع مبادئ الدستور وروحه ولذلك يتكون

أما عن سبب قيام هذه الولايات بوضع نصوص تحمي القانون الأساسي (الدستور) فيرجع من وجهة نظر جانب من الفقه (٢) إلى نظرة الفقه الأمريكي إلى الدستور باعتباره وثيقة قانونية يجب حماية نصوصها بتقرير جزاءات محددة لمخالفتها، وهي نظرة تختلف جوهرياً عن فلسفة الفقه الأوربي الذي يرى أن الدساتير وثائق سياسة ذات قيمة معنوية كبيرة ولكنها لا ترقى إلى "القانون" بالمعنى الضيق لهذا الاصطلاح (٣).

ثالثاً: بعض الأفكار والآراء التي مهدت للرقابة:

تعتبر آراء (اللورد كوك) وحكمه في قضية (بونهام) من أهم مرتكزات الفكر الدستوري في أمريكا وبالرغم من أن هذا الكاتب إنجليزي إلا أن آرائه لم تحتل أي مكانة في الفكر الإنجليزي بل تأثر به فقهاء وسياسيون أمريكيون ممن تلقوا دراستهم القانونية في لندن ونقلوا مؤلفاته إلى المراجع الأمريكية (٤).

مجلس للمراجعة من محافظ الولاية وبعض قضاة المحكمة العليا لمراجعة مشروعات القوانين قبل أن تدخل في دور التنفيذ" ومن هذا النص يتبين أن رقابة مختلطة سابقة كانت تباشر رقابتها على دستورية القوانين، وقد منحت هذه المجالس حق الاعتراض السابق على إصدار التشريعات.

(1) فورمونت: نص دستورها الصادر عام ١٧٧٧ على إنشاء مجلس رقباء مماثل مجلس بنسلفانيا وإن اختلف معه في طريقة اختيار أعضائه، واستمر المجلس يباشر عمله بعد وضع الدستور الاتحادي وبعد ظهور الرقابة القضائية على دستورية القوانين.
مزيد من التفاصيل عن هذه المجالس يراجع أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٥٨، ص١٦٢.

(2) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٥٧. *J.Lampert, art. P.eit., pp.5ets.*

(3) يراجع في تحديد المدلولات المختلفة للدستور: بردو، مطول العلوم السياسية، ج٣، ص١١، هرمان فينز، الحكومة الحديثة في النظر والتطبيق، ص١١٦.

(4) ونظراً للمكانة التي يحتلها (اللورد كوك) في الفكر القانوني الأمريكي والقضاء بوجه عام خصصت له في القاعة الرئيسية للمحكمة العليا تمثالاً وهو يمنع الملك من الجلوس على مقعد الحكم وذلك ضمن التماثيل التي أشارت إلى تاريخ تطور القانون في أمريكا من العهد الروماني ثم العهد الإنجليزي وكان لمارشال نصيب في هذه اللوحات المجسمة

وترجع شهرة توماس كوك ليس فقط لأنه صاحب فكرة وجود قانون أساسي يجب أن تلتزم بها السلطة التشريعية ولكن لقيامه بتطبيق هذه النظرية أثناء رئاسته لمحكمة الملك وذلك في قضية الطبيب بونهام المشهورة [١].

وقد أسس حكمه على أن القانون الذي حبس بونهام بمقتضاه قانون باطل مؤكداً بعبارات شهيرة أن قواعد القانون العام تكون قيداً على البرلمان في أحوال كثيرة، وحين تكون أعمال البرلمان متعارضة مع قواعد الحق والمنطق أو متناقضة أو مستحيلة التنفيذ فإن قواعد القانون العامة تقضي عليها بالبطلان.

ونظراً لسيادة مفهوم قداسة البرلمان وما يصدره في بريطانيا لم تجد هذه الأفكار صدى لها بإنجلترا ، على العكس من ذلك وجدت تلك الأفكار أرضاً خصبة في أمريكا وتبناها فقهاء القانون[٢] آنذاك وضمنوها فيما بعد في الوثائق الدستورية.

والخلاصة أن آراء (كوك) في القانون الأساسي وحكمه في قضية بونهام كان من بين الأسباب التي تركت أثرها في الفكر السياسيُ الأمريكي ومهدت السبيل لتقدير الرقابة على دستورية القوانين [٣].

ونتيجة لهذا التأثير رصد الفقه سوابق قضائية- قبل حكم مارشال الشهير- تتعلق برفض قوانين صادرة من البرلمان البريطاني بحجة مخالفتها للدستور ومن أشهرها التحديات الأمريكية لقانون برلماني صادر عام ١٧٦١م حاول منح موظفي الجمارك البريطانيين حق إجراء البحث والتفتيش واعتبر الأمريكيون أن ذلك ليس من حقهم وبفرض حدوث ذلك فإنه سيكون مخالفاً للدستور والعدالة الطبيعية ومن ثم يجب إلغاء تلك السلطة [٤].

والرئيس *Tafet* وغيرهم من مشاهير القضاء الأمريكي : يراجع وصف المحكمة العليا بموقعها الإلكتروني

(1) في تفاصيل القضية يراجع: د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٦٤.

(2) يراجع برنارد شيفارتز، القانون الأمريكي، ترجمة المستشار ياقوت العشماوي، ١٩٧٤، ص٥٨.

(3) د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٦٦. ود. عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص١٦٩.

(4) يراجع: *Edward S. Corwin, the Doctrine of IJudicial Review. 1914. p.30*

وفـي سـنة ١٧٦٦م قـضت محكمـة (فيرجينيـا) بـأن قـانون الدمغـة غيـر دستوري ، وعشية الاستقلال وجه قاض من ولايـة ماساشوست هيئـة المحلفين لتقرير أن قوانين البرلمان تنتهك القانون الأساسي ويجب تجنبها [١].

---

(١) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص٨٢. ويراجع ما اشار اليه :-

- *Louis Fisher, Constitutional Structures, op. cit., p.43.*
- *W. Blackstone, Commentaries, Book one, Oxford, 1975, p.91.*
- *Charles Grove Haines, the American doctrine of Judicial supremacy, 1932, p.880120.*

الفرع الثاني

حكم مارشال في قضية ماربوري ضد ماديسون

حاول الفقه البحث- بصعوبة بالغة- في الوثائق التاريخية القانونية من أجل تدعيم وجود الرقابة القضائية على دستورية القوانين قبل قضية ماربوري ضد مديسون وحكم مارشال[1] الشهير فيها عام ١٨٠٣م ، ولكن الجميع يتفق أن ذلك الحكم في تلك القضية التاريخية هو العلامة الفارقة لإقرار مبدأ الرقابة القضية البارزة التي أسست لقضاء دستوري ورقابة قضائية على دستورية القوانين، رجحت كفتها على الرقابة السياسية في أغلب الدول التي أقرت وثائقها الدستورية والسياسية مبدأ الرقابة على دستورية القوانين.

ونظراً لأهمية حكم مارشال في هذه القضية فسنتناولها في بندين متتابعين على النحو التالي:-

أولاً: مقدمات القضية ووقائعها أمام المحكمة العُليا:

رافق قيام الولايات المتحدة الأمريكية منذ نشأتها صراعٌ حادٌ بين الاتحاديين الذين يهدفون إلى تقوية الحكومة المركزية وتوسيع سلطاتها وبين خصومهم من أنصار اللامركزية السياسية المدافعين عن حقوق الولايات في مواجهة اختصاصات الحكومة المركزية.

وفي نهاية عام ١٨٠٠م أجريت الانتخابات الرئاسية فجاءت نتيجتها فوزاً ساحقاً (لتوماس جيفرسون) وأنصاره من خصوم الاتحاديين، وعلى إثر هذه النتيجة شعر الاتحاديون بأن مساعيهم في تدعيم الاتحاد وتقوية سلطان الحكومة

---

(1) القاضي *John marshal* ولد عام ١٧٥٥ في ولاية فرجينيا وتولى رئاسة المحكمة العليا عام ١٨٠١م وعمرة لا يتجاوز السادسة والأربعين وقد سبق أن تولى منصب وزير خارجية في عهد الرئيس *Adams John* والذي عينه رئيسا للمحكمة العليا في نهاية فترة رئاسته للولاية المتحدة ونظراً لعدم قابلية أعضاء المحكمة للعزل فقد استمرت رئاسته للمحكمة العليا قرابة اربعة وعشرين عاما وهي اطول فترة تولى فيها رئيس محكمة عليا هذا المنصب السياسي والقانوني الهام، خاصة إذا ما علمنا بأنه تولى رئاسة المحكمة في فترة شبابه يراجع موقع المحكمة العليا الأمريكية.

المركزية قد غدت مهددة فسارعوا إلى استغلال الفرص بتعيين أنصارهم في السلطة القضائية باعتبار أن مناصبها ثابتة وعدلوا قانون السلطة القضائية ليمكنهم من إجراء تعيينات في محاكم مختلفة، كما سنحت الفرصة للرئيس المنتهية فترة رئاسته بتقديم استقالة رئيس المحكمة العليا القاضي (إيلزورث) فعين خلفاً له القاضي (مارشال) والذي كان يشغل منصب وزير خارجيته، مع مجموعة آخرين عينوا في هذه المحكمة ، ووافق الكونجرس على هذه الترشيحات ووقع الرئيس قرارات التعيين في منتصف ليل اليوم السابق على تخليه عن عمله هذا التعيين لمارشال كان له أثر دائم على المحكمة والبلاد والقضاء الدستوري إلى يومنا هذا[1].

وفي عجالة الأمر نسيا الرئيس ووزيره (مارشال) أن يسلما عدداً من تلك القرارات إلى أصحابها ومنها قرار تعيين (ماربوري) والذي امتنع (ماديسون) وهو وزير داخلية الرئيس الجديد (جيفرسون) من تسليم قرار تعيينه مع بعض أصحابه ، فلجأ (ماربوري) إلى المحكمة العليا طالباً إصدارُ أمر بتسليمه قرار تعيينه عن طريق الأمر القضائي *writ of mandamus*[2].

وفي ظل الصراع السياسي- بين الاتحاديين وخصومهم المسيطرين على رئاسة الجمهورية (السلطة التنفيذية) والكونجرس (السلطة التشريعية)- كان على مارشال أن يصدر حكمه في القضية، وفي ظل ترقب الجميع لهذا الحكم في أول صراع يصل إلى القضاء بين الاتحاديين وخصومهم كان على المحكمة أن تواجه هذا الموقف السياسي الحرج والوضع المعقد فإن قضت للمدعين بطلباتهم

---

(1) أنظر موقع المحكمة العليا الإلكتروني:

(2) أنظر في تفاصيل القضية من مراجعها الأصلية: أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٤-ص٤٠. وأنظر إلى: د.عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص١٧٢. المستشار/ خالد النقبي، مرجع سابق، ص١٥٨. د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص٩١. سعد ممدوح عفيفي، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، جامعة طنطا، ٢٠٠٦، ص٦٦. دار أبو المجد للطباعة، مصر.

Jacques lambet: les origins du control Judiciaire de constitutionnalite des lois.

المقال السابق من مجلة القانون العام الفرنسية، ١٩٣١، ص٥، البرت بيفرديج.

اضطرت أن تواجه احتمالات تنال من مكانتها إذ المتوقع أن يرفض (ماديسون) تنفيذ الأمر، فضلاً عن أن الجمهوريين قد هددوا صراحة (مارشال) وطالبوا باتخاذ إجراء الاتهام *Impeachment* ضد أعضاء المحكمة إن هي حاولت أن تقف في وجه الحكومة. وعلى الجانب الآخر فإن المحكمة إن رفضت طلبات المدعين، أظهرت نفسها بمظهر العاجز عن رقابة تصرفات الحكومة وخيبت الآمال التي عقدها الاتحاديون عليها والتي من أجلها تم تعيينهم في المحكمة العليا.

في هذا المأزق الضيق تجلت براعة (مارشال) وقدرته السياسية والقانونية معاً، فلا هو قضى (لماربوري) بتسليم قرار تعيينه ولا هو سلم للإدارة بحقها في الامتناع عن هذا التسليم ، ولم يكتف بهذا بل اتخذ من القضية سبباً ليلقي على الرئيس والكونجرس درساً دستورياً في ضرورة احترام القانون ومراعاة مبدأ الشرعية، وليقرر للقضاء اختصاصه بالقيام على حماية الدستور وصيانته برد سائر الهيئات العامة إلى حدودها الدستورية [1] وهذه هي وظيفة القضاء في رقابته على دستورية القوانين.

ثانياً: أسلوب مارشال في معالجة المشاكل القانونية:

من أجل أن يصل (مارشال) إلى إقرار حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين وفي الوقت ذاته يتحاشى المصادمة مع الحكومة في أول جولات الصراع مع خصوم الاتحاديين لجاء إلى عرض القضية وعرض حججه في أسلوب الرد على التساؤلات التي طرحها بالتتابع:

السؤال الأول: هل للطالب المدعي (ماربوري) حق مكتسب في وظيفته وفي تسلم قرار تعيينه؟

وفي معرض إجابته على هذا التساؤل قرر: إن تسليم قرار التعيين *Commission* لا يمكن اعتباره من الناحية القانونية إلا دليلاً أو وسيلة إثبات، أما الحالة التي يصير إليها الموظف فتتحقق بموافقة مجلس الشيوخ على التعيين وتصديق الرئيس على هذا القرار، وبعبارة أدق لا يمكن اعتبار تسليم القرار إلى الموظف شرطاً قانونياً لاكتسابه الحق في الوظيفة، وأكثر من هذا لا تعد حيازة هذا القرار شرطاً لازماً لممارسة الوظيفة فعلاً، وإلا فإن الإهمال أو السرقة أو

(1) أ.د. احمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص٢٥.

الخيانة أو الحريق قد تحرم الفرد من وظيفته، ومن ثم فإن امتناع (ماديسون) عن تسليم القرار إلى (ماربوري) بنية حرمانه من الوظيفة يعد عدواناً غير مشروع على حقه المكتسب فيها [1].

السؤال الثاني: إذا كان للطالب حق في الوظيفة على هذا النحو فهل يكفل له القانون وسيلة للحصول إلى حقه؟

هنا يقرر (مارشال) أن أخص ماوصفت به الحكومة الأمريكية أنها حكومة تخضع للقانون ولا تخضع لأهواء الرجال، وهذا الوصف لا يمكن أن يكون صادقاً إذا لم يكن في القانون ما يكفل لصاحب الحق أن يصل إليه.

السؤال الثالث: إذا كان القانون يكفل الحماية لصاحب الحق في مثل هذه الدعوى فهل أمر التنفيذ *mandamus* الذي لجأ إليه الطالب هو الوسيلة المقررة في مثل هذه الحالة؟

بادئ الأمر وجه الشك في ذلك باعتبار أن من القواعد المقررة أن هذا الأمر لا يجوز أن يتخذ وسيلة لحمل الإدارة على استعمال سلطاتها التقديرية على نحو معين، ولكن (مارشال) دفع هذه الشبهة مقرراً أن العبرة ليست بصفة الموظف الذي يوجه إليه الأمر (وهو في هذه الدعوى وزير) وإنما هي بطبيعة الواجب الذي يطلب إليه أداؤه فما دام هذا الواجب محدداً أو مقيداً فلا حرج مطلقاً في إلزامه بأدائه عن طريق الأمر القضائي.

السؤال الرابع: في الأخير يصل (مارشال) إلى السؤال المهم في القضية والذي توصل عن طريقه للتخلص من المأزق المشار إليه سلفاً.

فإذا كان الأمر القضائي هو الوسيلة المناسبة لحماية حق (ماربوري) في هذه الدعوى ، **فهل تختص المحكمة العليا بمنحه هذا الأمر؟**

نشير بداية إلى أن القانون الصادر من السلطة التشريعية يمنح المحكمة العليا هذا الاختصاص ابتداءً ، ولكن (مارشال) أثار دهشة خصومه- في المقام الأول- وأنصاره معاً بإجابته سلباً على هذا التساؤل، منكراً على المحكمة العليا هذا الحق، ومفوتاً على خصومه فرصة التحدي الذي توقعوه، ومقرراً إلى جانب

---

(1) يراجع: أ.د. أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص٢٦. د.عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص١٧٤. وإشاراتهم إلى الحكم، ص١٦٣.

ذلك أهم وأخطر سابقة دستورية عرفها النظام الأمريكي، وهي حق القضاء في الامتناع عن تطبيق القوانين حال تعارضها مع الدستور، وقد أثبت مارشال في حكمه تعارض الفقرة الثالثة عشر من قانون السلطة القضائية مع نص المادة الثالثة من الدستور(١).

وبعد تفسير (مارشال) للدستور على النحو الذي يؤكد فيه تعارض القانون الذي منح المحكمة حق إصدار الأمر القضائي ابتداءً ذهب لإيراد الحجج القانونية والمبررات التي تؤكد ضرورة التزام القاضي بالدستور وعدم جواز تطبيق القانون الصادر من السلطة التشريعية المخالفة للدستور، تلك الحجج التي ساقها في حكمه وأصبحت بعد ذلك ميراثاً قضائياً (٢)، وبالرغم من أن جانباً من الفقه

---

(1) تنص المادة الثالثة من الدستور الاتحادي بعد تعدادها للمسائل التي تختص بها المحكمة العليا اختصاصاً ابتدائياً أنه "في سائر المسائل الأخرى المذكورة أولاً (في صدر المادة) يكون للمحكمة اختصاص استئنافي فيما يتعلق بالوثائق والقانون إلا ما يستثنيه الكونجرس من ذلك".

والفقرة ١٣ من القانون القضائي الصادر عام ١٧٨٩م تقرر للمحكمة العليا الاختصاص بإصدار هذه الأوامر القضائية بصفة أصلية (ابتدائية).

وقد ذهب مارشال إلى أن تفسير النص الدستوري يقيد حق الكونجرس في الاستثناء، فله أن يحرم المحكمة من نص الاختصاصات الاستئنافية ولكن ليس من حق الكونجرس أن يمنح اختصاصاً ابتدائياً للمحكمة وليس له أن يوسع اختصاصاتها الابتدائية المذكورة على سبيل الحصر في الدستور.

وبهذا التفسير كشف مارشال عن التعارض بين القانون والنص الدستوري ، وبالرغم من أن (مارشال) منع المحكمة العليا من سلطة توجيه الأوامر القضائية- بحسبان أن القانون الذي منحها أياه غير دستوري- من وجهة نظر مارشال- وبالتالي فقدت المحكمة سلطة قانونية متمثلة في توجيه الأوامر القضائية كان بإمكانها أن توسع من سلطاتها في مواجهة الإدارة بما يمكن المحكمة وفقاً لإصدار الأوامر القضائية من التدخل في سلطات الإدارة وتوجيهها بحسب الأمر المقضي به- إلا أنه مع ذلك أقر للقضاء سلطة مراقبة التشريعات الصادرة من السلطة التشريعية ومنح القضاء عامة والمحكمة العليا خاصة سلطة الامتناع عن تنفيذ القوانين المخالفة للدستور، هذا الأمر دعى خصومه السياسيين إلى توجيه النقد على مبدأ الرقابة القضائية وحاولوا تفنيد حججه التي ساقها.

(2) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص٦٣.

يؤكد [1] أن (مارشال) لم يبتدع هذه الحجج ولم ينشئها من عنده- بل كانت متداولة ومسموعة في الفقه الأمريكي وترددت داخل الكونجرس خلال مناقشة مشروع القانون الذي تقدمت به حكومة (جيفرسون) عام ١٨٠٢ لتعديل قانون السلطة القضائية- إلا أنه يؤكد في الوقت ذاته أن الفضل يرجع (لمارشال) في (جمع تلك الحجج المختلفة التي استند إليها من قبله أنصار الرقابة [2]، فرتبها على نحو منطقي مقنع وصاغها صياغة واضحة سهلة صارت من بعد ذلك مرجع الفقه والقضاء في معالجة تلك المشكلة داخل الولايات المتحدة وخارجها) ويكفي للتدليل على مبادرة وشجاعة (مارشال) أنه حكم بعدم الدستورية دون طعن أو دفع من أحد، ومن بين ما أورده (مارشال) من حجج في أسباب ذلك الحكم الشهير "أن الدستور الأمريكي هو القانون الأساسي للبلاد، ولا يمكن أن تكون لهذه التفرقة بين القانون الأساسي والقوانين العادية أية قيمة مفهومة إلا إذا كانت السلطة التشريعية مقيدة في نشاطها بحدود ذلك القانون الأساسي"، "فإما أن يكون الدستور هو القانون الأسمى الذي لا يقبل التعديل بالوسائل العادية وإما أن يوضع الدستور على المستوى ذاته مع الأعمال التشريعية العادية التي يستطيع المشرع العادي أن يغيرها كلما أراد، وعلينا أن نختار"، "إما أن التصرف التشريعي المخالف للدستور لا يعتبر قانوناً وإما الدستور نفسه يصبح لغواً في محاولته لتقييد سلطة هي بطبيعتها غير مقيدة"، "وإذا كان التصرف التشريعي المخالف للدستور ليس قانوناً فإنه من غير المتصور إلزام المحاكم بتطبيقه".

---

(1) أ.د. احمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٢٩.

(2) مما لا شك فيه أن الأفكار والأراء المتعلقة بحق القضاء في الرقابة كانت متداولة مع فكرة التسليم بسمو الدستور على غيره من القواعد قبل حكم مارشال الشهير لكن تلك الأفكار كانت متناثرة كمواد البناء المبعثرة في مناطق عدة وتجلت روعة وذكاء ومنطق (مارشال) في تجميع تلك الأفكار ، وكان له أن قام ببناء شاهق قوي محكم في تخطيطه ناهيك عن روعة هندسته- وليس أدل على ذلك من أن الأفكار المشار إليها سلفاً (لكوك) كانت في إنجلترا ولم تستفد منها بريطانيا وكذا السوابق المشار إليها بمراجعة المجلس المخصوص بلندن- هذا البناء المتين كان حكم مارشال الذي أوجد أساس وبناء الرقابة القضائية بحيث ما يزال يعتمد على منطقه إلى اليوم كل مشتغل بالرقابة القضائية على دستورية القوانين سواء من كتب فقها أو مارس القضاء إدعاءً أو حكماً.

وإذا سلمنا بتلك النتيجة الغريبة- إلزام القضاء بتطبيق قانون مخالف للدستور- فمعناه "أننا نقرر الحقائق القانونية في المجال النظري ثم نتنكر لها عند التطبيق العملي، ثم إن القضاء حتى يفصل في خصومة موضوعية قائمة أمامه لا بد له أولاً أن يحدد القانون الذي يطبق عليها ، وهذه مسألة أولية لابد من تسويتها قبل إمكان التعرض للموضوع، فإذا حدث وتناول المشكلة القانونية المعروضة نصان متعارضان أحدهما دستوري والآخر عادي فإن على القضاء أن يختار بينهما، ولما كان الدستور هو القانون الأساسي الذي يشغل الدرجة العليا من البناء القانوني فلاشك أن على القضاء أن يطبقه في الخصومة ضارباً صفحاً عن كل نص تشريعي مخالف"(١) ، وغيرها من الحجج التي ساقها (مارشال) في حيثيات حكمه والتي تصل في درجة وضوحها إلى مرتبة البدهيات القانونية الأولية والتي أسست لقيام مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إلا أنه وبالرغم من ذلك الوضوح وجد جانب من الفقه الأمريكي من ينكر على (مارشال) ويرد على حججه وكذا بعض قضاة المحكمة العليا لاحقاً (٢) كما أنكر عليه خصومه من الجمهوريين (٣) في منحه لسلطة القضاء حق مراقبة التشريعات الصادرة من السلطة التشريعية- ما جعل المحكمة تتردد في إقرار تلك الرقابة فترة لاحقة لإصدار حكم مارشال ثم ما لبثت أن تمسكت بهذه الحجج وجعلت من الرقابة القضائية عرفاً قضائياً امتنع على خصومها إنكارها.

والواقع أن مرحلة الرد على منكري الرقابة القضائية ومحاولة التأصيل القانوني لها تجاوزها الفقه منذ زمن بعيد وأصبحت- أي الرقابة القضائية- واقعاً

---

(1) نصوص من حكم مارشال نقلاً من أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٣١-٣٢. أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص٦٣.

(2) يراجع موقف الفقه الأمريكي لسابقة ماربوري، وكذا جانب من قضاة المحكمة العليا ومنهم القاضي (جيسون) الذي حاول تفنيد حجج مارشال: أنظر. أ.د. كمال أبو المجد، ص٣٤.

(3) وممن أنكر عليه ذلك الحكم الرئيس الأمريكي آنذاك (جيفرسون) والذي تمكن من تعيين قضاة من أنصاره في المحكمة العليا فيما بعد لمحاولة الحد من اتجاهات المحكمة العليا المسايرة لأنصار الاتحاديين: والقضاة المعينين هم *Johnsn. William, Livingeston, Henry Brockholst, Todd. Thomas*، يراجع موقع المحكمة العليا.

عملياً أثبتت قدرتها في المحافظة على القواعد الدستورية- عند إعمالها بخبرات قانونية مؤهلة- وحققت نجاحات كبيرة في هذا المجال لا يمكن إنكارها.

وبهذا نكون قد أوجزنا الحديث عن دور القضاء الأمريكي في نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، ونأتي للحديث عن تشكيل المحاكم القضائية في الولايات المتحدة.

المطلب الثاني

تشكيل المحاكم في الولايات المتحدة الامريكية

تمهيد وتقسيم:

ما يهمنا في تشكيل المحاكم القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية هو دراسة الاختصاص بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، وبما أن القضاء الأمريكي يمارس الرقابة على دستورية القوانين- دون نص دستوري أو قانوني ينظمها- فإنه يأخذ بمبدأ لامركزية الرقابة *control diffuse*، أي أنه "يعهد بالرقابة إلى جميع الهيئات التي تمارس الوظيفة القضائية في الدولة"(١).

وبما أن القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية يتكون من قضاء اتحادي وقضاء موجود في كل ولاية على حدة، فإننا سندرس هنا- باختصار- تشكيل المحاكم في فرعين ، نخصص الأول منها للقضاء الاتحادي، والآخر لتشكيل محاكم الولايات ، مركزين هذا البحث في بيان ما يختص منها بالفصل في دستورية القوانين سواء تعلق الأمر بدستورية قوانين الولايات في مواجهة دساتير الولايات أو الدستور الاتحادي، أو دستورية قوانين الاتحاد فيما يتعلق بمخالفتها للدستور الاتحادي، وذلك على النحو الآتي:-

الفرع الأول: تشكيل القضاء الاتحادي.

الفرع الثاني: تشكيل محاكم الولايات.

---

(١) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٥٧٧.

- *CADRT (J); institutions politiques et drioit constitionnel, op. cit., p.174.*

الفرع الأول

تشكيل القضاء الاتحادي

تتكون الولايات المتحدة حالياً من خمسين ولاية، لكل منها نظام قضائي مستقل ، [١] وإلى جانب هذه النظم يوجد نظام قضائي فيدرالي (اتحادي) موازي لنظم القضاء في الولايات (والتعدد في النظم القضائية يقابله تعدد مواز لمصادر القانون الأمريكي)[٢], ويتخذ النظام القضائي الفيدرالي مع النظم القضائية للولايات شكلاً أقرب ما يكون إلى هرم مكون من ثلاث درجات ، [٣] وتمثل محاكم الموضوع قاعدة الهرم المذكور، أما الدرجة الثانية فتشغلها محاكم الاستئناف التي تعتبر من أهم مؤسسات الحكم في أمريكا ،[٤] وتقف على قمة الهرم المحكمة العليا الأمريكية والتي نأتي لبيان أهميتها وأهم اختصاصاتها وطريقة تعيين قضاتها في البنود المتتالية:-

ثم نعرج على المحاكم الاستئنافية الفيدرالية ومحاكم الدرجة الأولى الفدرالية على النحو التالي [٥]:

([1]) راجع آلن فرنسورت- باللغة الفرنسية، ص٤٨.

- *David. W. Neubauer. Judicial Process. Second Edition.*
- *Harcourt college publishers, 1997, p.54.*

([2]) *Outline of the us legal system- bureau of international information programs. United states department of state. 2004, p.6-7 Robert A. Carp Ronald Statham. Judicial Process in America. 4th Edition- Co. Congressional Quarterly inc, 1998, p.3-6.*

([3]) آلن فرنسورت، ص٤٦.

- *Alan Tarr. Judicial process and Judicial policy making. Second edition, west wads worth, 1999. p.27.*

([4]) د. محمد ظهري محمود، المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية، مرجع سابق، ص٣.

([5]) لمزيد من التفاصيل عن أنواع المحاكم ودرجاتها أنظر:- دافيد كوسمان كويل، النظام السياسي الأمريكي، مكتبة الخانجي بمصر، ١٩٥٥م، ص١٨٥.

أولاً: تشكيل المحكمة العليا:

تعد المحكمة العليا من أهم مؤسسات النظام الدستوري الأمريكي وهي أعلى محكمة في الولايات المتحدة الأمريكية وأرفعها شأناً وتحتل مكانة مرموقة في الحياة السياسية والاجتماعية (وينظر إليها الأمريكيون نظرة تشبه التقديس)(١) وتنال من الإعجاب والتقدير ما لا تناله باقي مؤسسات الحكم الأمريكية، وقد لاحظ المراقب السياسي الفرنسي (اليكيس دي كولفيل) الموقع الفريد للمحكمة العليا وقد أشار في عدة ولايات أوروبية أنه لا توجد أمة تمتلك سلطة قضائية قوية بنفس ما يمتلكه الأمريكان.(٢).

وتعتبر المحكمة العليا الاتحادية هي المحكمة الأمريكية الوحيدة التي أنشأها الدستور مباشرة أما سائر المحاكم الاتحادية الأخرى فقد أنشئت بقانون من الكونجرس(٣).

كما تعتبر المحكمة العليا محكمة واقع وقانون في آن واحد- على خلاف الوضع في القضاء المقارن (فرنسا ومصر) (٤)- نظراً لما تمتلكه المحكمة العليا

---

(1) أ.د. محمد عبدالعال السناري، مرجع سابق، ص٢٥٠.

(2) أنظر موقع المحكمة العليا الأمريكية. *www.supreme courtus.gov* -

(3) انشئت المحكمة العليا سنة ١٧٨٩م ومقر المحكمة منذ عام ١٨٠٠م بمدينة واشنطن عاصمة الولايات المتحدة الأمريكية وتنص المادة (٣) من الدستور الأمريكي على أن تودع السلطة القضائية في محكمة عليا واحدة وفي محاكم تقل عنها مرتبة قد يأمر الكونجرس من وقت لآخر بانشائها...). أنظر: ماكس ماراند: قصة الدستور الأمريكي ١٩١٣، ترجمة د.وايت إبراهيم، ص١٧٥، مكتبة وهبة، أما المبنى الحالي فلم يشيد إلا عام ١٩٣٢ وافتتح رسمياً عام ١٩٣٥م وكانت قبل ذلك أول عهدها في نيويورك ثم فيلادلفيا عام ١٧٩٠م.

(4) المحكمة العليا في اليمن بالرغم من أن المهمة الأساسية لها هي الفصل في الطعون المقدمة ضد احكام محاكم الاستئناف - باعتبارها محكمة قانون - ولكنها مع ذلك قد تنظر بعض القضايا ابتداءً ما يجعلها في هذا الجانب محكمة واقع وقانون في آن واحد، ومثال القضايا التي تقدم اليها إبتداءً محاكمة رئيس الجمهورية ونوابه ورئيس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم وتنظرها كمحكمة أول درجة وإن كان قرارها نهائياً ، وكذا قضايا الطعون الانتخابية تنظر إلى الوقائع وتعتبر محكمة موضوع وقانون في آن واحد، وسنشير إلى ذلك تفصيلاً في الحديث عنها لاحقاً.

من اختصاص أصلي (ابتدائي) وآخر استئنافي[1] اهتم أساساً بجعل القول الفصل للمحكمة العليا فيما يتعلق بالحكم بعدم دستورية القوانين خاصة وقد سبق الإشارة إلى أن جميع المحاكم تملك سلطة الفصل في دستورية القوانين.

كما تملك المحكمة العليا تقرير إحالة أية دعوى إليها منظورة أمام أي محكمة اتحادية أو إقليمية وذلك للفصل فيها عن طريق طلب رفع القضية إليها ، والأمر الصادر منها *Cprtiorari* يخول المحكمة العليا النظر إلى القضية والفصل فيها ابتداءً ،هذا الأمر يختصر إجراءات النزاع ويرفع القضية إلى المحكمة العليا للبت فيها، وتملك المحكمة العليا سلطة تقديرية واسعة في إصدار هذا الأمر أو

---

(1) يتمثل الاختصاص الابتدائي وفقاً لنص المادة الثالثة من الدستور الأمريكي بما لها من "نظر جميع الدعاوى المتعلقة بالسفراء وسائر رجال السلك الدبلوماسي وكذا جميع الدعاوى التي تكون إحدى الولايات طرفاً فيها".

ويتمثل الاختصاص الاستئنافي في ثلاثة أنواع من الأحكام:

١- أحكام المحاكم الابتدائية: ويمكن الطعن عليها بالاستئناف أمام المحكمة العليا في ثلاث حالات هي: (أ) جميع الدعاوى التي تكون الولايات المتحدة أو إحدى هيئاتها العامة أو موظفيها طرفاً فيها، وذلك إذا كانت المحكمة قد قررت في حكمها عدم دستورية أحد التشريعات الاتحادية. (ب) في الدعاوى المدنية التي ترفعها حكومة الولايات المتحدة لتطبيق بعض القوانين التي نصت صراحة على اختصاص المحكمة العليا بذلك. (جـ) في الأحكام التي تصدرها محكمة إقليمية ابتدائية من ثلاثة قضاة بمنح أو رفض أمر من أوامر المنع.

٢- أحكام المحاكم الاستئنافية: وذلك في حالتين: (أ) إذا قضت بعدم دستورية تشريع صادر في إحدى الولايات بحجة تعارضه مع القانون الاتحادي. (ب) إذا قضت بعدم دستورية تشريع اتحادي.

٣- الأحكام النهائية للمحاكم العليا في الولايات: وذلك في حالتين: (أ) إذا أثيرت في الدعوى دستورية قانون أو معاهدة اتحادية وقضت المحكمة العليا في الولاية بتعارض ذلك القانون أو تلك المعاهدة مع الدستور. (ب) إذا أثيرت دستورية قانون صادر في إحدى الولايات فقضت المحكمة العليا في الولاية بدستوريته.

يراجع في تفاصيل ذلك: أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٩٩. د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص١٧٤ هامش.

رفضه، دون إبداء أسباب، ولكن حال الرفض لا يعني امتناع استئناف القضية بالطرق والإجراءات القانونية المعتادة [١]، وتمارس الرقابة القضائية بطرق عدة أهمها أسلوب الأمر القضائي وأسلوب الحكم التقريري [٢]

وإلى جانب هذه الاختصاصات تملك المحكمة إنشاء قواعد قانونية تحدد الإجراءات القانونية المتبعة أمامها ، كما تملك تعديل وإضافة أحكام إلى هذه القواعد [٣]، وهذا ما يزيد من استقلال المحكمة العليا عن السلطتين التشريعية والتنفيذية بالإضافة إلى باقي العوامل الأخرى المساعدة على استقلال المحكمة العليا والتي نشير إليها لاحقاً.

هذا بالإضافة إلى ما تمارسه المحكمة العليا في الجانب السياسي وما تقوم به من دور هام في الحياة السياسية الأمريكية والمتمثل أهمها في الدور الكبير للمحكمة في تقوية الاتحاد الأمريكي وحماية الحريات وحماية الدستور وتفسيره [٤]، كما تنطلق في بطلانها للقوانين المخالفة للدستور من مبدأ سمو الدستور الامريكي والراسخ لدى جميع المؤسسات والافراد[٥].

ولا غرو حينها أن يؤكد الفقه "دورها الهام والبارز في تأكيد مبدأ الشرعية والحكومة المقيدة بحماية الحقوق والحريات الفردية وتحقيق التوازن بين

---

(1) في تفاصيل هذه الإجراءات وسلطة المحكمة العليا فيه ينظر إلى: أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٩٩. د.عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص١٦٣.

(2) في تفاصيل هذه الاساليب وسلطة المحكمة العليا فيه ينظر إلى: أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٢٣٩-٢٧٣.

(3) وافقت المحكمة العليا في إبريل لسنة ١٩٥٤م على أحكام إجراءات المرافعات الواجب اتباعها، ونفذت هذه الأحكام اعتبارا من يوليو ١٩٥٤م وتصدر المحكمة من أن لآخر قرارات بتعديل هذه الأحكام أو بإضافة أحكام جديدة، وكان أخر تعديل أصدرته المحكمة العليا للقواعد المتبعة في مارس ٢٠٠٥/٣/١٤ وأصبحت نافذة في ٢٠٠٥/٥/٢ وتحتوي على ٤٨ قاعدة أنظر في هذه القواعد: موقع المحكمة العليا: *www.supreme courtus.gov/ctrules/ctrules.htm*

(4) أرنست أنجلا، الجوانب الدستورية للحريات العامة في الولايات المتحدة، باريس، ١٩٦٤، ص٧.

(5) دافيد كوسمان كويل ،النظام الامريكي ، مرجع سابق ،ص١٧٨.

٦٩١٥٨٠

السلطات وذلك بما قررته لنفسها من حق مراقبة الهيئتين التشريعية والتنفيذية وإلزامهما حدود الدستور حتى صارت قيمة على الدستور وناطقة باسمه"[١] وتلتزم المحكمة العليا منذ القدم بتقاليدها الخاصة إلى يومنا هذا [٢].

وإذا كنا هنا قد تحدثنا باختصار عن مكانة المحكمة العليا وأهميتها وركزنا على اختصاصها المتعلق بالرقابة على دستورية القوانين فإنه لا يمكن التغاضي - رغم كل الاشادة بالمحكمة العليا - عن انها كانت ملتزمة بالمحافظة على حقوق أرباب الأعمال وكانت تغلب المحافظة على اقتصاديات طبقة الرأسماليين أصحاب المشروعات الكبيرة أكثر من اهتمامها بالحقوق والحريات ، ولذا يشير جانب من الفقه[٣] إلى أن المحكمة العليا لم تقف إلى جانب الحريات والحقوق الفردية في مواجهة السلطة التشريعية إلا في عدد محدود من أحكامها ، وليس أدل على ذلك من استمرار الرق والتعذيب لطبقة الزنوج (السود) رغم تحريرهم منذ زمن بعيد إلا انهم ظلوا بدون حقوق مدنية كاملة أو سياسية إلى عهد قريب وكانوا ضمن ممتلكات الرجل الأبيض الذي سيطر على البيت الأبيض وحظي برعاية المحكمة العليا لحقوقه المدنية والسياسية[٤]، وكذلك المرأة إلى عهد قريب كانت

---

(1) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٩١.

(2) التقاليد الخاصة بها *Traditions* منها جلوس رئيس المحكمة في المنتصف ويجلس على شماله أقدم الأعضاء ثم اليمين وهكذا بحسب الأقدمية، وتبدأ الجلسات بنشيد معتاد يؤديه جميع الأعضاء واقفين ثم الدعاء أن الله يحفظ الولايات المتحدة وهذه المحكمة الموقرة، وكذا لبس الرداء الأسود والمعطف، والإمساك بقلم الريشة ذات اللون الأبيض، والمصافحة بين الأعضاء في ختام الجلسة. أنظر موقع المحكمة العليا الأمريكية:*www.supreme courtus.gov/*

(3) انظر في تفاصيل ذلك : أ.د.احمد كمال ابو المجد،مرجع سابق ، ص ٥٤٥.

(4) مؤخرا في ٢٠٠٨/١١/٥م تمكن مرشح الحزب الديمقراطي (باراك اوباما) وهو هجين - والدة اسود من اصول افريقية وامه امريكية بيضاء - من الوصول الى منصب رئيس الولايات المتحدة في سابقة هي الاولى من نوعها في تاريخ امريكا وذلك نتيجة إخفاقات الحزب الجمهوري بعد ولايتي جورج بوش الذي قاد حروبا جلها ضد الدول الاسلامية والعربية ممثلة بافغانستان والعراق ودعمة غير المحدود لإسرائل في حربها ضد المقاومة الاسلامية في لبنان وفلسطين وكذا ما رافق العملية الانتخابية من كساد اقتصادي كبير اصاب الولايات المتحدة الامريكية مع تظافر عوامل اخرى ، ولم يكن للمحكمة العليا دور في وصول السود الى هذا المنصب السياسي الهام وكل ما تشير اليه المصادر بصدد انتصار المحكمة العليا للسود هو حكمها في قضية (براون ضد مجلس التعليم١٩٥٤).=

محرومة من الحقوق السياسية وليس لهذا الحرمان أي مبرر في الدستور ولذا لا ينغي المبالغة في دورالمحكمة العليا في انتصارها للحريات إلا فيما احسنت فيه صنعاً ، واهتمامها بحرية الاقتصاد [1]هو ما يفسر تحول المحكمة العليا عن

=وهذا هو الحكم الوحيد في منتصف القرن المنصرم الذي قوبل باستحسان من قبل السود في قضيتهم ضد الفصل العنصري للطلاب حيث قررت المحكمة انه((.في حقل التعليم، لا مكان لنظرية "منفصلون لكن متساوون"، وحكمت بأن الفصل بين العرقين في المدارس الرسمية يحرم الأطفال السود من "الحماية المتساوية للقانون التي يضمنها التعديل الرابع عشر للدستور). حكم المحكمة العليا بشأن عدم الفصل العنصري بين الطلاب البيض والسود عام ١٩٥٤م نقلا من الموقع الالكتروني *http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijda/decisions.htm#nyt* –

(1) بالغت المحكمة العليا في حماية طبقة رأس المال وحرية الأقتصاد وغل يد المشرع أو الحكومة من أي تدخل مما أدى الى ظهور الأقتصاد الحر في اوضح صورة هذا الامر أدى إلى تعرض امريكا إلى ازمات إقتصادية حادة وكساد إقتصادي كبير سواء في بدايات القرن المنصرم منذ العام ١٩٢٩م - استمر عشر سنوات - او حاليا حيث تشهد امريكا منذ نهاية عام ٢٠٠٨م كساداً إقتصاديا كبيرا وحادا تداعت آثارة إلى جميع الدول المترابطة باقتصادها ما دفع الحكومة الى التدخل للحد من آثار الأزمة المالية التي تتعرض لها البنوك الامريكية بتقديم مساعدات مالية كبيرة لها ، تلك المساعدات تستهدف حماية أصحاب الأموال على حساب الفقراء دافعي الضرائب ، كل هذا يدعو للتسائل عن موقف المشرع من التدخل في الشئون الاقتصادية ودور الحكومة وبالتالي عن نوع النظام الاقتصادي للدول الذي تتبناه الدساتير وكذا دور المشرع الدستوري في حماية الاخلاق والقيم ودورالمشرع القانوني و الحكومة في ذلك ، وهذا يقتضي تحديد دور رقابة القضاء لهذا التدخل التشريعي (ممثلا بالقضاء الدستوري) ودور القضاء الإداري لرقابة تدخل الحكومات في كل الانشطة التي تقوم بها الإدارة ، فالازمة الاخلاقية التي تشهدها الولايات المتحدة لاتقل عن الأزمة الأقتصادية التي اتضحت للجميع مؤخرا وظهرت نتائجها بسبب تبني حرية الاقتصاد ودفاع المحكمة العليا لهذا التوجه الذي يحمي فقط اصحاب رؤس الاموال على حساب الطبقة الوسطى والفقراء ومعدمي الدخل وهو نفس الدور الذي قامت به المحكمة العليا في تبني ثقافة الحرية الفردية بمفهومها المطلق فالغت مؤخرا عام ٢٠٠٣م قانونا يعاقب السلوك اللواطي الامر الذي يبيح الزواج المثلي إعتمادا منها على تفسير نصوص الدستور الذي لا يمنع ذلك فتتداعى الاخلاق كما يتداعى الأقتصاد الامريكي .يراجع حكم المحكمة العليا من الموقع الالكتروني <u>*http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijda/howard.htm*</u>

اتجاهها عن طريق تفسيرها الجديد ـ آنذاك ـ لشرط الوسائل القانونية السليمة [1] والذي رافق التحولات الاقتصادية في الولايات المتحدة عندما تحول اقتصادها من الإنتاج الزراعي المحدود إلى الإقتصاد الصناعي عابر القارات ، هذا التحول الذي استغله أرباب الأعمال وجعلهم قوة اقتصادية وسياسية سعت إلى المحافظة على حقوقها عن طريق الحماية الدستورية والتي حافظت عليه المحكمة العليا إلى يومنا هذا.

وبما أن تفاصيل دور المحكمة العليا في هذا الجانب خارج إطار البحث المدروس فإننا سنقتصر هنا على دراسة المحكمة العليا كهيئة قضائية عليا تتوج السلم القضائي الإتحادي فنتكلم عن تشكيل المحكمة العليا من خلال تكوين المحكمة وتعيين أعضائها والعوامل المؤثرة على ذلك على النحو التالي:-

١- تعيين أعضاء المحكمة العليا:

تتكون المحكمة العليا- حالياً- من رئيس وثمانية أعضاء في حين كانت وقت إنشائها مكونة من رئيس وخمسة أعضاء [2]، ويشترط لانعقاد جلساتها حضور ستة على الأقل من قضاتها التسعة ، وتصدر أحكام المحكمة وقراراتها بالأغلبية المطلقة للحاضرين، أي أن الحكم يجوز أن يصدر من أربعة أعضاء على الأقل، وليس للرئيس أي مزية في التصويت وإنما له صوت كباقي الأعضاء[3].

---

(1) يراجع ، أ.د. أحمد كمال ابو المجد ، مرجع سابق ، ص ٣١٧، وانظر ، دافيد كوسمان كويل ، مرجع سابق ، ص٣٣.

(2) عدد القضاة غير ست مرات منذ عام ١٧٩٠ إلى أن استقر عام ١٨٦٩ إلى تسعة أعضاء ومجموع عدد القضاة الذين عينوا بالمحكمة العليا إلى يومنا هذا منذ إنشائها ١٠٨ قاضي. انظر موقع المحكمة الأمريكية: *www.supreme courtus.gov* وانظر: أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٩٣. د.شعبان أحمد رمضان، مرجع سابق، ص١٧٦: واشاراتهم في هذا المعنى الى :

- *Cadart J., institutions politiques et droit constitutionnes, op. cit., p.173.*

(3) *Duverger M.L, institutions politiques.., op.cit., p.370; Turpin D.; droit constitutionnel, op. cit., p.612.*

ويحظى رئيس المحكمة بمكانة أدبية- في الرأي العام الأمريكي- لا تدانيها إلا مكانة رئيس الولايات المتحدة نفسه،[1] ويطلق على رئيس المحكمة العليا بلقب "القاضي الرئيس للولايات المتحدة" "*Chief Justice of The USA*"، ومن حيث المراسم يأتي في المرتبة الثانية بعد رئيس الولايات المتحدة حيث يتقدم على نائب الرئيس،[2] ونظراً لمكانته التي يتمتع بها في النظام السياسي الأمريكي يحلف أمامه رئيس الولايات المتحدة اليمين الدستورية [3] ولا يحلف أمام الرئيس رغم أن قرار تعيينه بيد الأخير، وتاريخ الولايات المتحدة حافل برؤساء وقضاة المحكمة العليا الذين تركوا بصماتهم على تاريخها السياسي والقضائي [4].

وقد اقترن اسم المحكمة بأسماء رؤسائها عبر التاريخ،[5] وقد تولى هذا المنصب الهام منذ وضع الدستور الاتحادي إلى الآن سبعة عشر رئيساً [6].

وتتميز المحكمة العليا (والقضاء الفيدرالي عموماً) بأن الحكم يصدر بالأغلبية فيكتبه رئيس المحكمة أويكلف من يراه ممن وافق على الحكم والحيثيات ومع ذلك يجوز للمعارضة أن تدون ما انتهت إليه من رأي مخالف سواء في الحيثيات أو الحكم أو هما معاً. وتمثل هذه الآراء ثروة قضائية قد تحتاج إليها المحكمة لاحقاً وقد تتبنى هذا الاتجاه فيما بعد والواقع أن هذا الأسلوب له مزايا عديدة لا يمكن حصرها رغم انتقاد جانب من الفقه له متأثرين بالأسلوب الفرنسي في إصدار الأحكام والذي يكتفى فيه بتسجيل رأي الأغلبية دون معرفة أي رأي مخالف.

(1) أ.د. أحمد كمال ابو المجد، مرجع سابق، ص١٩٥.

(2) *Duverger M.L, institutions politiques.., op.cit., p.370.*

(3) خالد عبدالله النقبي، مرجع سابق، ص١٧٥.وقد جرى العرف ان يلقن رئيس المحكمة العليا او نائبه الرئيس المنتخب اليمين الدستورية امام الجمهور.

(4) تتجاوز شهرة بعض رؤساء المحكمة العليا شهرة رؤساء الولايات المتحدة إن لم تساويها ولا يوجد بين الشعب الأمريكي من يجهل (مارشال) أو (هولمز) أو (هيوز) وغيرهم من مشاهير رؤساء المحكمة وقضاتها. ويشير الدكتور أحمد كمال أبو المجد إلى أن القاضي ورجل القانون في أمريكا يحاط بهالة غريبة من التقديس والاحترام يتعذر فهمها في مصر وفرنسا، وبهذا تشبه مكانتهم عند العامة مكانة المراجع العظام وشيوخ الإسلام من الفقهاء في التاريخ الإسلامي والذين لهم مكانة عند العامة تضاهي المكانة التي يحتلها رجال السياسة.

(5) يقال محكمة مارشال *Marshail court* أو محكمة وارن، أو محكمة سيرجو.

أما طريقة تعيين الرئيس والأعضاء في المحكمة العليا، فبالرغم من أن معظم ولايات المتحدة الأمريكية ماتزال تأخذ بأسلوب الانتخاب عن طريق الاقتراع العام بالنسبة لقضاة محاكم معظم الولايات [٢] إلا أن الدستور الاتحادي نص في الفقرة الثانية من المادة الثانية منه على أن "رئيس الولايات المتحدة الأمريكية هو الذي يتولى تعيين قضاة المحاكم الاتحادية بناءً على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ"[٣]، وبالرغم من أن الفقه يؤكد بأن رئيس الولايات المتحدة "يتمتع بسلطة تقديرية واسعة وخطيرة في اختيار الأعضاء[٤] بما فيهم الرئيس إلا أن اشتراط الدستور لموافقة مجلس الشيوخ قد يجعل من عملية اختيار رئيس الولايات المتحدة للأعضاء عملية في جوهرها "شديدة التعقيد ويتداخل فيها الكثير سواء بصفة رسمية أو غير رسمية"[٥].

ولذا لا يمكن التسليم بما ذهب إليه جانب من الفقه من أن عملية اختيار القضاة ورئيس المحكمة العليا من قبل رئيس الولايات المتحدة عملية (شديدة

---

(1) أنظر في اسمائهم وتواريخ توليهم وكذا أسماء القضاة وتواريخ توليهم وأسماء الرؤساء الذين عينوهم والمناطق التي أعيرو منها في الملحق رقم (٣) من هذه الرسالة.

(2) د. محمد كامل محمد عبدالنبي عيد، استقلال القضاء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٨م، ص١٤٨، وأنظر في تفاصيل تعيين قضاة الولايات المتحدة:

(3) *Cushman (Robert Eugene): American national coverment, New York, 1935, pp.525.*

- *Haynes (Evan): The selection and tenure of Judges, New York, 1944.*
- *Mayers (Lewis): The American legal system, New York, Harpers, 1955.*
- *Garr (Robert Kenneth): The supreme court and Judicial review, Green wood press, New York, 1970, pp.231-256.*

(4) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٩٣.

(5) *Lawrence Baum: The supreme court. 2nd.ed.co, press, 1985, p.27.*

وفي تعقيد إجراءات ترشيح القضاة الفدراليين يراجع د.محمد ظهري، مرجع سابق، ص١٤٦-١٥٧.

البساطة)[1]- إذ يصدق هذا التعبير على اختيار رئيس وأعضاء المحكمة الدستورية العليا بمصر، ورئيس وأعضاء المحكمة العليا باليمن- ولا يصدق هذا التعبير على اختيار وتعيين رئيس وأعضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة، فعملية الاختيار لا تتم أولاً إلا إذا خلى مكان بالمحكمة العليا بالموت أو الاستقالة أو التقاعد الاختياري من قبل العضو نفسه، ومن الناحية العملية عندما يخلو منصب قضائي يصدر رئيس الولايات المتحدة قراراً بالترشيح وليس التعيين *Nomination* ثم يعرض هذا القرار على مجلس الشيوخ الذي قد يوافق وقد لا يوافق ، وقد استخدم حقه في الاعتراض أكثر من مرة، وفي حالة موافقته يصدر رئيس الولايات المتحدة قراراً آخر بالتعيين النهائي ***Appointment***، وفي هذه الفترة ما بين التشريح إلى حصول التزكية من مجلس الشيوخ يجري التحري عن المرشحين لهذه الوظائف من عديد من الجهات لعل أهمها مكتب المخابرات الاتحادي الملحق بوزارة العدل ،[2] وتعمل جماعات الضغط على نشر كل ما يحلو لها ضد أو مع المرشح من أجل التأثير على التزكية ، الأمر الذي قد تسقط معه بعض الترشيحات وقد يتمنى آخرون عدم ترشيحهم لما يُصيبهم من أذى في سمعتهم.

وبما أن تعيين رئيس وأعضاء المحكمة للعمل بها يستمر مدى الحياة ولا يمكن عزلهم فإن خلو مكان أحدهم لا يتم إلا بالوفاة أو الاستقالة أو التقاعد الاختياري، وينتج عن هذا الخلو النادر غير الدوري أن تختلف فرص الرؤساء في إجراء التعيينات.

ففي الوقت الذي فرض فيه (جورج واشنطن) باعتباره أول رئيس خياراته على من جاء بعده فتمكن من تعيين تسعة أعضاء وثلاثة رؤساء للمحكمة العليا [3] نجد أن (جيمي كارتر) هو الرئيس الوحيد الذي لم يجر أية تعيينات

---

(1) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق ص ١٠٢.

(2) المستشار محمد فتح الله بركات، مشار إليه في أحمد كامل محمد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص١٧٢.

(3) يراجع في جدول التعيينات الملحق رقم (٣) المرفق بالرسالة.

بالمحكمة رغم اشتغاله بالإصلاحات القضائية، وذلك نظراً لعدم خلو أي مكان خلال فترة حكمه [1].

في الوقت الذي أتيحت الفرصة لرؤساء آخرين في إجراء تعيينات عدة تتفاوت من رئيس إلى آخر كان أكثرهم حظاً بعد (جورج واشنطن) الرئيس (جاكسون)[2] والرئيس (تافت)[3] والرئيس (فرانكلين روزفلت)[4].

وعندما يخلو منصب رئيس المحكمة- وهي الفرصة النادرة- فإن رئيس الولايات المتحدة يكون له الخيار بين اختياره من بين قضاة المحكمة أو من غيرهم ، وغالباً ما يسلك الرئيس النهج الأخير حتى يتسع الاختيار أمامه لهذا المنصب عظيم الشأن [5]، ولم يحدث أن رفع عضوٌ بالمحكمة إلى رئيساً لها سوى ثلاث مرات منذ إنشاء المحكمة العليا عام ١٧٨٩م إلى يومنا هذا[6] كما تم في ١٩١٠/١١/١٩ تعيين الرئيس (تافت) رئيساً للمحكمة العليا وكان قد شغل منصب رئيس الولايات المتحدة قبلها [7].

---

(1) حكم كارتر من عام ١٩٧٧-١٩٨٠، وتبني إصلاحات السلطة القضائية يراجع في ذلك، استقلال القضاء د.محمد كامل محمد، ص١٧٤.

(2) الرئيس جاكسون تمكن من تعيين ستة أعضاءبما فيهم رئيس المحكمة العليا.

(3) الرئيس تافت تمكن من تعيين ستة أعضاءبما فيهم رئيس المحكمة العليا كما عين هو الآخر رئيساً للمحكمة بعد إنتهاء فترة رئاسته للولايات المتحدة الامريكية

(4) فرانكلين روزفلت اختلف مع المحكمة العليا بشدة بسبب إصلاحاته الاقتصادية وقدم مشاريع لزيادة عدد القضاة ولم يتمكن، كما لم يتح له فرصة تعيين أعضاء إلا في فترة رئاسته الثانية عندما وجد هناك أماكن شاغرة، وقد تمكن من تعيين ثمانية أعضاء كما رفع عضواً إلى رئاسة المحكمة. يراجع الجدول الملحق، أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٩٣.

(5) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٠٢.

(6) الأعضاء الذين تم ترقيتهم إلى منصب رئيس المحكمة هم:

White. Edward Douglass, Stone Harlan Fiske, Rehnauist William H.

(7) يراجع موقع المحكمة العليا والجدول الملحق بالرسالة .

وبالرغم من أن كثيراً من القواعد الدستورية مصدرها العرف الدستوري والسوابق التاريخية [1] إلا أن هذه السابقة التاريخية- وهي تعيين رئيس سابق بالمحكمة العليا- لم تخلق عرفاً دستورياً بتعيين الرؤساء السابقين في المحكمة العليا ،ومرد ذلك إلى أن الصراع السياسي الدائم بين الاتحاديين والجمهوريين لم يسمح بإنشاء قاعدة دستورية تجعل من الرؤساء السابقين أعضاء بالمحكمة العليا- بحكم خبراتهم السياسية ودور المحكمة السياسي- وباعتبار أن أمر التعيين بيد الرئيس اللاحق عندما يخلو منصب في المحكمة العليا وأن الخلو أمر نادر الحدوث ، ويكفي للدلالة عليه أن سبعة عشر رئيساً للمحكمة العليا هم من تولى رئاستها طوال ما يربو عن قرنين وربع القرن.

٢- المدة وإنهاء الخدمة:

القاعدة بالنسبة للقضاة الفيدراليين أنهم يظلون في مناصبهم- وبحكم المادة (٣) من الدستور- طوال حياتهم ما دام قد ثبت أنهم حسنو السيرة والسلوك [2].

ونتحدث عن المدة التي يقضيها من عين بالمحكمة العليا وكذا عن طريق إنهاء الخدمة باعتبارهما من أهم الضمانات التي تحقق استقلال القاضي وبالتالي استقلال القضاء، ونؤثر الحديث عنهما قبل الشروط المتطلبة فيمن يعين بهذا المنصب القضائي الهام ، إذ الشروط المطلوبة ليست مفروضة بنص دستوري أو قانوني وإنما من خلال الواقع العملي كما سنرى لاحقاً.

فالأصل أن أعضاء المحكمة العليا- والقضاء الفيدرالي بوجه عام- يقومون بعملهم مدى الحياة ولا يجوز عزلهم إلا بطريق الاتهام [3]، كما لا يجوز

---

(1) وليس أدل على ذلك من أن تحديد فترة رئاسة الجمهورية بدورتين فقط ، كل دورة أربع سنوات ليست نصاً دستورياً بل عرفاً جرى العمل به ولا يستطيع أي رئيس أن يتجاوزها حتى لو كانت هناك حرب"عالمية قائمة.

(2) كارب ستيد هام، ص٢٤٩. كتاب الخلاصة، ١٥٢. مشار إليهما في: د.محمد ظهري، المعالم البارزة للمحاكم الأمريكية، مرجع سابق، ص١٧٤.

(3) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٩٤. د.عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص١٦١.

إنقـاص مرتبـاتهم ، [١] وهاتـان الـضمانتان اللتـان كفـل بهمـا الدسـتور الأمريكـي استقلال قضاته وأدائهم وظيفتهم الخطيرة غير متأثرين برغبة ولا رهبة [٢].

أمـا عزلهم عن طريـق الاتهـام *Impeachement* فلا يكـون إلا فـي حـالات الخيانة العظمى أو الرشوة أو إحدى الجنايات الكبرى ، وهو ما لم يحدث أبداً إلـى الآن ، [٣] وفضلاً عن هذه الضمانة يتقاضى أعضاء المحكمة العليا رواتب مجزيـة تتساوى مع ما يتقاضاه الوزراء [٤].

ولا شـك فـي أن هـذه العوامـل مجتمعـة تكفـل لأعـضاء المحكمـة اسـتقلالاً حقيقياً في مواجهة السلطات الأخرى، وهو مـا يـشعرهم بالطمأنينـة ويجنـبهم مؤونـة الـسعي لكسب ود الأحـزاب [٥]، بـل إن ذلـك يحـررهم مـن سـلطة رئـيس الولايـات المتحدة الذي قام بتعيينهم وإن كانوا منتمين إلـى اتجاهـه الـسياسي نفسه ، وهـو مـا يفسر اخـتلاف أعـضاء المحكمـة مـع الرؤسـاء الـذين عينـوهم فـي مناصـبهم وذلـك عندما عرضت على المحكمة العليا قضايا سياسية كـان لهـم فيهـا مـن الـشجاعة مـا يجعلهم يواجهون الـسلطة التنفيذيـة بقرارات حاسمة، وأكبر مثـال علـى ذلـك قـرار أعضاء المحكمة العليا بالإجماع في فضيحة (ووترجيت) والقاضـي بـإلزام الـرئيس (نيكسون) تـسليم تـسجيلات أحاديثـه إلـى جهـة التحقيق، الأمـر الـذي يعنـي القضاء على مستقبل نيكسون السياسي، [٦] مع أنـه تمكـن مـن إجـراء تعيـين أربعـة أعـضاء في المحكمة العليا بمن فيهم رئيسها آنذاك القاضـي (وورن إيرل بورجر)، وهـو مـا

---

(1) د. محمد كامل محمد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص١٧٢.

(2) أ.د. احمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٩٤.

(3) د. شعبان رمضان، ضوابط وآثار الرقابة....، مرجع سابق، ص١٧٧.

(4) د. شـعبان رمـضان، المرجـع الـسابق، ص١٧٨، حيـث يتقاضـى عـضو المحكمـة العليـا راتباً شهرياً يبلغ ٣٩٥٠٠ دولار: أنظر:

Duverger M.L, institutions politiques.., op.cit., p.370.

(5) د. محمد كامل محمد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص١٧٢.

(6) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١١٤.

يفسر أيضاً خلاف الرئيس (أيزنهاور) مع بعض من عينهم في المحكمة العليا[١] إلى الدرجة التي تناقلته وسائل الإعلام.

والحقيقة أن استقلال القضاة في اتجاهاتهم عن رؤساء الولايات المتحدة- رغم حرص الأخيرين على الاختيار وفقاً للاتجاه المؤيد لهم- موجود منذ القدم ،ولعل أول خلاف يرصده الفقه كان من نصيب الرئيس (ماديسون) والذي عين القاضي (ستوري) ليكون مضاداً (لمارشال) إلا أنه سرعان ما تبنى المبادئ ذاتها التي آمن بها مارشال فيما يتعلق بالمسائل الدستورية وضرورة تقوية السلطات الاتحادية [٢].

ومع أن مبدأ عدم قابلية أعضاء المحكمة للعزل يعتبر ضمانة لها إيجابياتها في توكيد استقلال الأعضاء إلا أن لها في الوقت ذاته آثار سلبية تتمثل في بقائهم طوال حياتهم في ممارسة أعمال القضاء(فلا يتركون المنصب إلا

---

(1) خاب ظن الرئيس (أيزنهاور) في رئيس المحكمة العليا الذي عينه (إيرل وارن) وعندما سئل عما إذا كان قد ارتكب خطأ كرئيس قال: نعم وهما الجالسان بالمحكمة العليا، يراجع:

Lawrence Banm. The supreme court, op. cit., 1985, p.40.

وكان يقصد رئيس المحكمة العليا والقاضي (برنين) علماً أن أيزنهاور تمكن من تعيين خمسة قضاة بما فيهم رئيس المحكمة العليا.

(2) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١١٣. وأشارت المصادر أن الرئيس (هاري ترومان) الذي تولى الرئاسة عام ١٩٤٥ عين أحد أصدقائه المقربين إليه وهو (توم كلارك)، وفجع في موقفه ضده في قضية عمال مصانع الصلب سنة ١٩٥٢ إذ لم يجز (كلارك) وخمسة من زملائه أمر (ترومان) بالقبض على هؤلاء العمال، وقد رشح (نيكسون) القاضي (هاري بلاكمان) سنة ١٩٧٠ لكي يقوي الاتجاه المحافظ وكان من أعز أصدقاء الرئيس ولقبتهما الصحافة توئم (مينسوتا) وبعد دخوله المحكمة اتجه القاضي إلى الجناح الليبرالي واختلف مع الرئيس، المرجع السابق، ص١١٤.

باختيارهم أو بسبب المرض أو إلى القبر)[١]، وهو مايستهجنه الفقه الفرنسي بقول مأثور "إن عضو المحكمة العليا لا يستقيل أبداً ونادراً ما يموت"[٢].

وما يعانيه القضاء الفيدرالي بسبب هذا المبدأ بوجه عام هو وجود قضاة كبار في السن (بلغوا من الكبر عتياً لدرجة أوصلت بعضهم إلى ما يقارب العمى بحيث لم يعد يفرق بين الورقة المراد منه توقيعها وبين ملاءة السرير) وإن كانت في حالات نادرة [٣].

([1]) د. محمد ظهري، المعالم البارزة....، مرجع سابق، ص١٧٤.

([2]) العبارة "*une member de la cour supreme ne demissionne jamis et meurt ramement*".

- *Duverger M.L, institutions politiques.., op.cit., p.370.*

([3]) كارب، ستيد هام، ص٢٥٣، كتاب الخلاصة، ص١٥٣.

ومثال ذلك أن القاضي *William o. Douglas* رغم إصابته بنزيف في المخ خلال عمله إلا أنه أبى الاستقالة لدرجة أنه في سنة ١٩٧٤ أصبح رئيس المحكمة العليا (بيرجر *Burger*) يعتقد أن دوجلاس مصاب بجنون العظمة فقد دخل مرة إلى مكتب رئيس المحكمة العليا بكرسيه المتحرك متصوراً أنه هو رئيس المحكمة العليا ، ورغم هذه المظاهر ظل يفسر الدستور ويقضي في الدعاوى الدستورية، والمثال الأخر ما حدث مع القاضي *Harlan* الذي ظل يدير المحكمة من فوق سريره بالمستشفى ونظره ضعيف جدا إلى درجة أنه لايميز بين سيجارته ورمادها ، ورغم ذلك كان متحمساً للبقاء للفترة التالية في منصبه، وفي أحد الأيام ذهب إليه أحد كتبة المحكمة وقدم له التماساً عاجلاً لنظره وظل القاضي في سريره خلال مناقشته للالتماس مع الكاتب وانتهى الرأي إلى رفضه لعدم صحة ما تضمنه من وقائع، وبعد ذلك وقع القاضي على الأوراق، إلا أن الكاتب لاحظ عدم توقيعه على الالتماس ورأى التوقيع على ملاءة السرير، فقال له برفق لقد وقعت على ملاءة سريرك ، فابتسم القاضي وحاول التوقيع مرة ثانية فجاء على الورقة بالفعل.

Bobwood Ward, srott Armstrong- the brethren- New York- simon-Schuster, 1979, p.157

وأنظر في هذا د.محمد ظهري محمود، المعالم البارزة، مرجع سابق، ص١٧٨ هامش.

وبندرة الاستقالات المقدمة والعجز نتيجة كبر السن حاول المشرع تشجيع التقاعد الاختياري كحيلة على عدم القابلية للعزل حيث لا يمكن تقرير سن معينة للتقاعد، فأصدر الكونجرس قانوناً سمح للقضاة الفيدراليين بالتقاعد مع احتفاظهم بكامل مرتباتهم- وذلك اعتباراً من سنة ١٩٨٤م- وخاصة إذا تجاوز عمر القاضي ثمانين سنة(*)، وعمل بالمحكمة ما لا يقل عن عشر سنوات، كما سمح الكونجرس أيضاً للقضاة بالعمل كقضاة شرف "قبدلاً من قبولهم التقاعد الكلي يتم تقليل عدد الدعاوى المنوط بهم نظرها والفصل فيها في مقابل أن يحتفظوا بمناصبهم والموظفين العاملين معهم وهو نوع من الإرضاء الذاتي لهم إذ يحقق لهم الاحتفاظ بالهيبة والشعور النفسي بأنهم مازالوا نشطاء قادرين على العطاء (١).

ومع تشجيع الكونجرس للتقاعد الاختياري وحرية القاضي في تقديم الاستقالة إلا أنه لوحظ- من دراسات أجريت على القضاة- أنهم يفضلون تقديم استقالاتهم- أو طلب التقاعد وإن نادراً- في الوقت الذي يكون الحزب الذي ينتمون إليه هو الحزب الحاكم (٢) سواء في السلطة التنفيذية (الرئاسة) ، وكذاالسلطة

(*) هذا ويرى جانب من الفقه مزايا لكبر سن القاضي الفيدرالي (فلا شك في أنه كلما كان سن القاضي كبيراً اكتسب الكثير من الخبرات وخبر الحياة وزاد نضجه)، . ميدور جوردانا، ص٩٢، كما يلعب السن دورا مهماً في وصول القاضي إلى الحنكة وبلوغه الحكمة التي تمكنه من الفصل في الطعون وصياغة مبادئ قانونية سليمة، . ستيد هام، ص٢١٤ ، مشار إليهما في د.محمد ظهري، مرجع سابق، ص١٦١.

وهذا النقاش حول أهمية سن القاضي في صياغة حنكته وحكمته لا يعني غض الطرف عن مشاكل ارتفاع السن إلى درجة يصعب معها أداء القاضي لأبسط واجباته، كما أن الاستغناء عن قضاة المحكمة العليا في سن العطاء والنضج هو الآخر يحرم القضاء العادي والدستوري من خبرات قضاة وأساتذة يملكون خبرات لا تعوض بخروجهم المبكر بسبب التقاعد.

(1) د. محمد ظهري، المعالم البارزة، مرجع سابق، ص١٧٩.

(2) *Among the appeals and district judges there is a substantial contingent who bring to the bench political loyalties that encourage them.*

كارب ستيد هام، ص٢٥٤. مشار إليه في: د. محمد ظهري، المعالم البارزة، مرجع سابق، ص١٧٩.

التشريعية ـ مجلس الشيوخ ـ وذلك لضمان أن من يحل في المنصب محلهم له التوجه السياسي والقضائي ذاته.

وخلاصة ماسبق أن التعيين بالخلو فقط، والخلو إما باستقالة أو طلب التقاعد الاختياري أو الوفاة ،ولم يحدث أن خلى منصب باتهام أو محاكمة ، ومن باب أولى بعزل أو نقل أو ندب.

٣- شروط التعيين:

في الوقت الذي اهتم الدستور والقوانين المنظمة لحقوق القضاة بالنص على عدم جواز عزلهم وعدم جواز إنقاص مرتباتهم لم يشر الدستور إلى شروط تولي القضاء الفيدرالي أو الولايات (كما لم تشترط القوانين الفيدرالية المتعاقبة أية مؤهلات علمية خاصة بالنسبة لمن يعينون قضاة بالمحاكم الفيدرالية، سواء بالنسبة لمحاكم الموضوع أو بالنسبة لمحاكم الاستئناف ولاحتى المحكمة العليا للولايات المتحدة، كما لا توجد أية اختبارات يجب أن يجتازها المرشح ولا متطلبات معينة بالسن، ولا نصوص تشترط أن يكون المرشح من المواطنين المولودين بأمريكا أو المقيمين بها بطريقة شرعية، ولا تتطلب النصوص حتى أن يكون القاضي الفيدرالي حاصلاً على درجة علمية في القانون"[1]، وعدم وجود شروط متعلقة بالتأهيل القانوني في القوانين واللوائح محل اتفاق الفقهاء جميعاً [2].

([1]) د.محمد ظهري محمد، المعالم البارزة، مرجع سابق، ص١٤١. ولمزيد من تفاصيل عن الشروط الواقعية، يراجع: كارب ستيدهام، ص٢١٩. ومقالة شيلدن جولد مان، ص٥٩٠، كتاب الخلاصة، ص١٤٤.

([2]) شعبان رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٧٧.

- *Turpin (D.); droit constitionnel, op. cit., p.611.*
- *Cadart (J.); op. cit.*
- *Haynes (Evan): The selection and tenure of Judges, op. cit.*
- *Garr (Robert Kenneth): The supreme court and Judicial review, op. cit., pp.231.*
- *Cushman (R E): American national coverment, New York, 1935, pp.525.*
- د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٢١.

والأثر المترتب على عدم اشتراط التأهيل القانوني جواز تولي القضاء من غيرهم، كما أن السلطة التنفيذية في ظل غياب النصوص القانونية التي تشترط شروطاً موضوعية فيمن يعين بالقضاء تملك سلطة تقديرية واسعة في ترشيح من تراه ، وهذا ما يملكه الرئيس حيث أسند الدستور إليه حق الترشيح وإصدار قرار التعيين بعد موافقة مجلس الشيوخ.

وبالرغم من أن الترشيح لتولي المناصب القضائية في المحكمة العليا- خصوصاً والقضاء الفيدرالي عموماً- من إطلاقات رئيس الولايات المتحدة إلا أنه في ظل اشتراط موافقة مجلس الشيوخ على الترشيح ، وفي ظل وجود تنافس حزبي جاد واستقلال وتوازن بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية ، ونظراً للدور السياسي الذي تقوم به المحكمة العليا، ونتيجة لعدم إمكانية عزل من تم تعيينه فإن كل ذلك يفرض على الرئيس في الواقع أن "يحرص دائماً على اختيار الأعضاء من ذوي الكفايات العلمية والعملية الممتازة التي لا غنى عنها لأداء المهمة الخطيرة التي تقوم بها المحكمة" (١) بالرغم من تدخل الاعتبارات السياسية والأيديولوجية في توجيه ترشيح الرئيس إلا أن الاعتبارات السياسية لم تؤدِ إلى استبعاد الاعتبارات الأخرى، ولذا "فقد جرى العرف على اختيارهم من بين ذوي الخبرة القانونية"(٢).

كما حرص الرؤساء على أن يعكس تشكيل المحكمة العليا التوازن السياسي والجغرافي والديني ، حيث جرى العرف على أن يكون أحد القضاة يهودياً (٣)، وآخر كاثوليكياً (٤)- رغم أنهم أقلية- وآخر زنجياً (٥)، وحظيت المرأة بعضوية المحكمة العليا لأول مرة عام ١٩٨١م من قبل الرئيس (رولاند

---

(1) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٩٣.

(2) د.شعبان رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٧٧. د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٦٦.

(3) تم تعيين يهودي لأول مرة عام ١٩١٦- حتى عام ١٩٦٩، وما إن تحصل مثل تلك الجماعة على العضوية فإنها تعتبرها حقاً لها وإن حاول الرؤساء المقاومة.

(4) تم تعيين عضو كاثوليكي لأول مرة عام ١٨٩٤م.

(5) تم تعيين القاضي (ثيوجود مارشال) كاول زنجي بالمحكمة العليا عام ١٩٦٧م من قبل الرئيس (جونسون).

ريجان)[1] والتشكيلة الحالية ضمت امرأتين إلا أن القاضية (ساندرا) طلبت التقاعد في ٢٠٠٦/١/٣١م وبقيت القاضية (بريفراستوهن) والمعينة من قبل الرئيس (كلينتون) في عام ١٩٩٣م،ومؤخرا بادر الرئيس باراك اوباما بتعيين اول قاضية في المحكمة العليا من اصل لاتيني وذلك في ٢٠٠٩/٥/٢٥م .

ومع كل هذه الاعتبارات فإن الانتماء السياسي يلعب هو الآخر دوراً هاماً في ترشيح القضاة ، فالأصل من خلال الدراسات الميدانية يكشف (أن ٩٠% من التعيينات كانت متأثرة بالعامل الحزبي)،[2] وأن هذه النسبة كانت تدل على انتماء العضو لحزب الرئيس الذي عينه، ومع أن (القضاة عادة ما يكونون منتمين لأحد الأحزاب إلا أنه يمتنع عليهم بعد التعيين الاشتغال بالعمل السياسي)[3].

وإن كانت الاعتبارات السياسية تلعب دوراً كبيراً في اختيار القضاة [4]، ورغم خلو النصوص من أي تحديد للمؤهلات الرسمية الواجب توافرها فيمن يختار قاضياً بالمحاكم الفيدرالية إلا أن متطلبات غير رسمية يجب توافرها في

---

(1) عين الرئيس (رولاندريجان) العضوة (ساندرا أوكرنر) كأول امرأة عام ١٩٨١م وفي طريقة ترشيحها وكيفية حصولها على العضوية. يراجع ماكتبته في: كتاب ساندراي داي، ص٨٤ والمقدمة، مشار إليه في د.محمد ظهري، مرجع سابق، ص١٤٥.

(2) د.محمد هشام فوزي، مرجع سابق، ص١١٦. د.محمد ظهري محمود، المعالم البارزة...، مرجع سابق، ص١٣٥-١٤٣. د.شعبان رمضان، مرجع سابق، ص١٧٦. إلا أن الاعتماد على التأهيل السياسي دون غيره قد يصعد مرشحين غير مؤهلين قانونياً ولذا ينتقد جانب من الفقه الأمريكي الاعتماد على الانتماء السياسي إذ يصرح الأستاذ *Allain Howits* المدرس بجامعة هارفارد أن القضاة الامريكيين ما هم إلا سياسيون فاشلون عينوا في مناصبهم القضائية للعمل على راحتهم بعد أفول نجمهم السياسي ، مشار إليه في محمد كامل محمد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص١٧٤. وفي هذا المعنى يشير جانب من الفقه إلى (تدهور قضاة المحكمة العليا) عند الاعتماد على الانتماء السياسي وحسب ، د. محمد كامل محمد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص١٧٥.

(3) د.محمد كامل محمد، استقلال القضاء، مرجع سابق،ص ١٧٤.

(4) د. شعبان رمضان، مرجع سابق، ص١٧٦.

القاضي الفيدرالي [١]، صارت بمثابة قانون غير مكتوب تخلو منه النصوص ولكن يقره المجتمع ويسير على هديه [٢] من أهمها المستوى الأسري والمستوى الاجتماعي ، [٣] فالقضاة الفيدراليون يتشابهون أكثر مما يختلفون ، فهم يختارون من عائلات من المستوى ذاته ، ويدرسون في ذات الجامعات وكليات الحقوق [٤] ويشتركون في نواد وجمعيات ويذهبون إلى كنائس تكاد تكون واحدة ، ويكادون يؤمنون بقيم وتقاليد واحدة أو على الأقل متشابهة [٥] وإن اختلفت اتجاهاتهم السياسية.

ويلاحظ أن مستوى القضاة بالمحكمة العليا مرتفع ، إذ أن المستوى الاجتماعي المرتفع كان مهما للحصول على التدريب القانوني.

كما أن الدراسة بكلية الحقوق غالية الثمن [٦]، وهذا ما يفسر ندرة وجود الزنوج والنساء بالمحكمة ، إذ يواجهان صعوبة بالغة في التحصيل العلمي القانوني[٧] ، وقد حدث إنخفاض نسبي منذ منتصف القرن المنصرم في الالتزام

([1]) د. محمد ظهري محمود، المعالم البارزة....، مرجع سابق، ص١٤١.

([2]) د. محمد ظهري محمود، المعالم البارزة....، مرجع سابق، ص١٤٢.

([3]) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٢٢.

([4]) ولذا جاء في اعتراض وزير عدل الرئيس نيكسون على ترشيح الأخير (لجون بيرد) عضو مجلس الشيوخ عن غرب فرجينيا لشغل أحد المنصبين الشاغرين بالمحكمة العليا: أنه يصعب موافقة نقابة المحامين على هذا المرشح لأنه كان دارسا بمدرسة ليلية للحقوق. أنظر: كاب، وستيدهام، ص٢٥٦. كتاب الخلاصة، ص١٤٨. مشار إليهما في د.محمد ظهري محمود، مرجع سابق، ص١٥٣.

([5]) المستوى الذي يأتي منه القضاة الفدراليون هو أنهم من عائلات تنتمي إلى الطبقة العليا أو من أعلى الطبقة الوسطى وهي عائلات لها نشاط سياسي ملموس، ولها تقاليد في الخدمة العامة عادة تكون في مناصب القضاء. تعليق وإشارة د.محمد ظهري محمد، المرجع السابق، ص١٤١ هامش. أنظر: كارب ستيدهام، ص٢١٧، لورنس بيم، المحاكم، ص١٠٧، آلن تار، ص٧٤.

([6]) هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٢٢-١٢٣.

([7]) يراجع:

بشرط الوسط الاجتماعي المتميز، ويرجع ذلك إلى اتساع مجال القضاء الفيدرالي ومجالات العمل بالحكومة الفيدرالية ففتح الباب للوصول إلى مناصب عليا في هذه القطاعات لأشخاص من مستوى بيئي أقل ارتفاعاً، وبالرغم من وجود هذه المستويات المتواضعة منذ مطلع السبعينيات من القرن المنصرم إلا أن مستوى القضاة بصفة عامة مايزال مرتفعاً (١).

ويعد من المتطلبات غير الرسمية في القاضي الفيدرالي الكفاءة المهنية،(٢) فقد جرت العادة على تعيين المحامين المتميزين في ممارسة المهنة وإن لم يكن هذا شرطاً لازماً، وإلى جانب ذلك يشترط فيمن يرشح للقضاء الفيدرالي أن يتمتع بالجدارة والأخلاق ،(٣) فقد أبانت الدراسة الواقعية أن الغالبية العظمى من الترشيحات في القرن العشرين كانت منصبة على أشخاص ذوي مقدرة سواء في المجال القانوني أو السياسي(٤) وإلى جانب الجدارة لا بد من توافر الأخلاق لضمان تمرير الترشيح في مجلس الشيوخ(٥)، كما لا يخفى على أحد ما للتأهيل السياسي(٦) والانتماء السياسي والأيديولوجي (٧) من دور واضح في ترشيح أعضاء المحكمة العليا والقضاء الفيدرالي على وجه العموم.

- *Shedon Goldman and Thomas P. Jahnige, the federal courts as apolitical system, 2nd. Ed. New York, Harper& Row, 1976, p.67.*

.Lawerence Banm, the supreme court, op. cit., p.57.

(1) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٢٣.

(2) د. محمد ظهري محمود، مرجع سابق، ص١٤٢.

(3) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١١٠.

(4) *Robert Scigliano, The supreme court and the presidency, New York, Free press, 1971, p.107.*

(5) حدثت استثناءات وتم ترشيح قضاة لم يتمتعوا بشرط الأخلاق ولذا لم يتم تأييد ترشيحاتهم في مجلس الشيوخ. ويشير الفقه إلى قضية ترشيح القاضي (أبي فورتس) عضو المحكمة كرنيس لها وترشيح (كلمنت هانزورث) لعضوية المحكمة وهوجما باتهامات تتعلق بالكسب غير المشروع إضافة إلى اتهام (أبي فورتس) بأنه كان يستشير الرئيس (جونسون) عندما كان قاضياً بالمحكمة العليا فسقط ترشيحه لرئاستها. أنظر د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١١١.

(6) د.محمد ظهري محمود، المعالم البارزة.....، مرجع سابق، ص١٤٣.

(7) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١١١. تشير المراجع إلى أن معرفة الاتجاه السياسي للمرشح تزيد عند اشتغاله بمنصب قضائي يمكن من خلالها معرفة سجله

ومع تضافر كل أو بعض تلك الشروط غير الرسمية - في ترجيح كفة ترشيح الرئيس لمن يراه مناسباً لشغل منصب عضو المحكمة العليا - فقد يكون الترشيح كذلك كجائزة سياسية أو شخصية نتيجة الدور الذي قام به المرشح في دعم رئيس الولايات المتحدة [١]، أو قد يكون الترشيح من قبل الرئيس رغبة في الحصول على المساندة السياسية في حملته الانتخابية [٢] ونادراً ما يكون اختيار الشخص لذاته،[٣] وقد يتدخل الحظ في تعيين القضاة الفدراليين [٤] عندما يخلو مكان ما في المحكمة العليا أو غيرها، ويمكن القول (بصفة عامة أن التخصص الأكاديمي والقدرة المهنية والممارسة والخبرة العملية هي أهم الشروط التي ينبغي أن تتوافر في المرشح لتولي القضاء الاتحادي)[٥].

٤- دور مجلس الشيوخ:

ذكرنا فيما سبق أن ترشيح القضاة الفيدراليين من إطلاقات رئيس الولايات المتحدة ولكن ليس كذلك التعيين وإن كان بيد الرئيس بعد موافقة مجلس

ومواقفه السياسية، فكلما كان المرشح لعضوية المحكمة العليا قاضياً في السابق، كلما أمكن الحكم بدقة على اتجاهه السياسي: يراجع:

- *David W. Rohde and Rarold J. Spacth supreme court decision making. San francico. W.p. freeman & company, 1976, p.107.*

د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١١٢.

(1) رشح الرئيس (أيزنهاور) القاضي (أيرل وارن) رئيساً للمحكمة العليا نظراً لشعوره أنه مدين له لمساندته الرئيسية للرئيس في انتخابات ١٩٥٢م إبان كونه محافظاً لكاليفورنيا، د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١١٥.

(2) باعتبار أن ترشيح القضاة قد يكون جزءاً من الحملة والدعاية الانتخابية للرئيس فيسعى للحصول على تأييد المعنيين كلاً في منطقته وبحسب نفوذه. انظر: هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٠١-١١٦. وتشير المراجع أن الرئيس (كليفلاند) رشح القاضي (فلور)كرئيس للقضاة مراعياً منه التمثيل الجغرافي- المناطقي- لكونه من ولاية النيوي.

(3) د. محمد ظهري محمود، المعالم البارزة....، مرجع سابق، ص١٤٤.

(4) د. محمد ظهري محمود، المعالم البارزة....، مرجع سابق، ص١٤٥.

(5) د. محمد كامل محمد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص١٧٣.

الشيوخ، والتي تعد موافقته شرطاً حتمياً وهاماً وليس مجرد إجراء شكلي ، (1) فقد يحدث أن يعترض مجلس الشيوخ على ترشيحات الرئيس لاسيما عندما يكون هناك خلاف في التوجهات بين سياسات الرئيس ومجلس الشيوخ، (2) وقد استخدم مجلس الشيوخ حقه في الاعتراض على عدة ترشيحات، وتقدر بعض الدراسات أن نسبة الاعتراضات تجاوزت ٢٥% (3).

وهذا ما يعني ضرورة التزام الرؤساء في ترشيحاتهم بالمعايير الموضوعية- رغم اهتمامهم بالانتماء السياسي- وأن عليهم أن يدققوا في اختياراتهم حتى تزيد فرص التزكية وتقل احتمالات الرفض.

ولذا غالباً ما يلجأ الرؤساء للاستعانة بأدوار المشتركين- في الاختيار- غير الرسميين (4) ومع ذلك فإن ثمة عوامل قد تجعل من مجلس الشيوخ عقبة في تعيين المرشح ، من أهمها وجود خلاف سياسي بين الرئيس والأغلبية داخل مجلس الشيوخ ، فكلما كان حزب الرئيس مسيطراً على الأغلبية داخل مجلس الشيوخ تمكن الرئيس من تمرير ترشيحه وضمان الموافقة عليه والعكس، ومنها ما يرجع إلى الوقت الذي خلى فيه مكان شاغر بالمحكمة، فإذا كان الوقت في الفترة الزمنية الأخيرة لولاية الرئيس فيمكن ترجيح فشل الترشيح (إذ يمكن للمعارضة أن تجاهد من أجل إفشال الترشيح إلى حين نجاح مرشحها للرئاسة ،

---

(1) *CADRT (J); institutions politiques et drioit constitutionnel, op. cit., p.173.*

(2) د. شعبان رمضان، ضوابط وآثار الرقابة...، مرجع سابق، ص١٧٦. مثلما حدث مع الرئيس (جونسون) أثناء فترة رئاسته ما بين عامي١٩٦٣م، ١٩٦٩م، وكذلك الرئيس نيكسون ما بين عامي ١٩٦٩، ١٩٧٤م، *CADRT (J); op. cit., p.173.*

(3) *CADRT (J); op. cit., p.110.*

(4) من أمثلة المشتركين غير الرسميين في الاختيار:- جمعية المحامين الأمريكية *BBA*، والتي تقوم بدور بارز في تقييم مؤهلات المرشح للقضاء الفيدرالي ، وكذا وزارة العدل الأمريكية، والقضاة العاملون بمن فيهم رئيس المحكمة العليا وأصحاب المصالح ، أنظر: د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١٠٤. د.محمد ظهري، مرجع سابق، ص١٥١.

ومن ثم يمكن لهذا الأخير أن يرشح شخصاً ينتمي لها)[1]، والعكس إذا كانت الأغلبية موافقة للرئيس فحينها تستعجل تمرير الترشيح حتى تضمن ترشيح قاض موال لاتجاهها السياسي، وهذا ما فعله الرئيس (جون أدمز) عندما عين (مارشال).

كما يؤثر وقت الترشيح إذا كان التعيين في فترة عدم انعقاد المجلس ،إذ يستطيع الرئيس تمرير التعيين فتقل سلطة المجلس في الرفض لأنه حينها قد مارس القاضي عمله قبل انعقاد دورة المجلس الجديدة وتفقد بذلك المعارضة دورها، وإن كان المجلس قد أعرب عن عدم رضاه باستخدام الرئيس سلطته في التعيين أثناء إجازتهم الاعتيادية (ومنذ عام ١٩٦٠م وحتى هذا التاريخ لم تتم تعيينات أثناء فترة عدم الانعقاد)[2].

كما أن مجلس الشيوخ قد رفض تزكية رئيس محكمة تم تعيينه خلال فترة عدم الانعقاد وسحب ترشيحه احتجاجاً على تعيين الرئيس (جورج واشنطن) له أثناء فترة عدم الانعقاد [3].

كما تزيد احتمالات رفض مجلس الشيوخ للمرشح إذا كان العضو المرشح قد عمل قاضياً في السابق، (فلا شك أن المرشح عندما يكون قد خدم كقاض فذلك يعني أن له سجلاً يمكن من خلاله معرفة انتمائه واتجاهه السياسي)[4]، الأمر الذي يرجح كفة المعارضة عليه داخل المجلس، ولنفس السبب يندر ترشيح أعضاء المحكمة إلى رئاستها لأن العضو داخل المحكمة عند ممارسته لعمله يتم تقييم دوره ،فبالرغم من حصوله على التزكية كعضو ابتداءً فإن معرفته فيما بعد

---

(1) د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١١٨.

(2) المرجع السابق، ص١٠٢.

(3) استغل الرئيس (جورج واشنطن) تقديم أول رئيس للمحكمة العليا استقالته بسبب بعد موطنه عن مقر المحكمة آنذاك- وتخلف وسائل المواصلات ، فعين القاضي (جون روتليج) رئيساً للمحكمة أثناء فترة عدم انعقاد مجلس الشيوخ ، وبعد انعقاد المجلس سحب الترشيح رغم أن القاضي قد مارس العمل قرابة أربعة أشهر تحديداً من ١٧٩٥/٨/١٢- ١٧٩٥/١٢/١٥م واضطر جورج واشنطن لترشيح بديلاً عنه.

(4) *David W. Rohde and Rarold J. Spacth supreme court decision making. San francico. W.p. freeman & company, 1976, p.107.*

الممارسة قد تمنع تزكيته للرئاسة كما حدث للقاضي (إبي فورتس) عندما رشحه الرئيس (جونسون) [1]، وهذا على خلاف ما جرى عليه الأمر في المحكمة الدستورية العليا بمصر، (فبعض مستشاري هيئة المفوضين عينوا أعضاء بالمحكمة الدستورية العليا ،وبعض رؤساء هيئة المفوضين وصلوا إلى رئاسة المحكمة)[2] لأن القرار من اطلاقات الرئيس.

وقد لوحظ أن مجلس الشيوخ لم يكن يراعي الكفاءة الشخصية للمرشحين لوظائف القضاء الاتحادي بقدر ما كان يراعي بالدرجة الأولى الاعتبارات الحزبية والمصالح الشخصية [3]، كما يلاحظ أنه حال توفر صفتي الجدارة والأخلاق فإن المعارضة تقل ولا تؤدي لإفشال الترشيح لأن المسألة تبدو حزبية وغير عادلة،[4] أما في حالة انعدام هذه الصفات فالمعارضة واحتمال الفشل تكون كبيرة.

والإجراء المتبع للحصول على موافقة ثلثي مجلس الشيوخ هو إحالة الترشيحات المقدمة من الرئيس إلى اللجنة القضائية التابعة للمجلس، ومن القواعد المتبعة لدى المجلس أن اللجنة تجيز كل المرشحين ولا تقترح أسماء جدد، وقد جرى العمل بهذه اللجنة على أن تنظر الترشيحات بجلسات تعقدها لهذا الغرض وتتم مداولتها سراً، ولها أن تطلب سماع شهود حول المرشح ، وفي حال رغبتها عرقلة مرشح ما تؤخر عرضه على المجلس،وفي إطالة أمد الترشيح تقلل فرصة المرشح في حصوله على التزكية المطلوبة لأن التأخير معناه تكتل المعارضة حوله وتجميع سلبياته، ثم تعرض الترشيحات على المجلس في آخر مرحلة من مراحل التعيين في المناصب القضائية الفيدرالية ويتم تصويت أعضاء مجلس الشيوخ بأغلبية الثلثين،[5] وبعدها يصدر الرئيس قرار تعيين عضو المحكمة.

---

(1) أنظر د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١١١.

(2) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري بمصر، مرجع سابق، ص١٤٦.

(3) د. محمد كامل محمد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص١٧٥.

(4) د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص١١٨.

Lawrence Baum, the supreme court; op. cit., p.49.

(5) في تفاصيل إجراءات اللجنة القضائية ودورها ودور مجلس الشيوخ. يراجع د.محمد ظهري محمود، المعالم البارزة......، مرجع سابق، ص١٥٤-١٥٧.

وخلاصة الأمر أن دور مجلس الشيوخ في مراقبة ترشيحات الرئيس هي الضمانة الواقعية لاختيار أكفأ ،ولو لم يشترط الدستور ذلك.

وبهذا نكون قد أنهينا الحديث عن تشكيل المحكمة العليا ونأتي للحديث باختصار عن محاكم الاستئناف الفيدرالية باعتبارها مختصة أيضاً بالفصل في دستورية القوانين وإن كان القول الفصل في الأخير للمحكمة العليا فيما يتعلق بدستورية القوانين.

ثانياً: المحاكم الاستئنافية الفدرالية:

تختلف الولايات المتحدة في نظامها القضائي عن بقية بلدان العالم ،ويبدو هذا الاختلاف واضحاً على وجه الخصوص في محاكم الاستئناف، ففي كل ولاية توجد محكمة استئناف قد تكون هي آخر درجة، وقد لاتكون كذلك ،وهي ما تسمى بالاستئناف المتوسط، وإلى جانب هذين النوعين توجد محكمة الاستئناف الفيدرالية [1] والتي نوجز الحديث عنها هنا، فهي تحتل الدرجة المتوسطة في السلم القضائي الفيدرالي ما بين المحكمة العليا ومحاكم الموضوع الابتدائية، وقد انشأتها القانون لغرض أساسي هو (تخفيف الضغط على المحكمة العليا)[2].

وإذا كانت المحكمة العليا هي الوحيدة التي نص على إنشائها الدستور فإن المحاكم الفيدرالية (الاستئنافية ومحاكم الموضوع الابتدائية) قد خول الدستور الكونجرس في إنشائها بحسب الحاجة، ولذا فقد قسم الكونجرس- في آخر تطور على قانون سلطة القضاء- الولايات المتحدة إلى ٩٤ منطقة قضائية ،وأنشأ بكل منطقة محكمة موضوع، وإلى جانبها أنشأ ثلاث عشرة دائرة قضائية فيدرالية تمثل الأساس لبناء المحاكم المتوسطة،[3] وبكل دائرة محكمة استئنافية واحدة

([1]) د.محمد ظهري محمود، المرجع السابق، ص٤٨.

([2]) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٩٠.

([3]) لورانس بيم، المحكمة العليا، ص٩. وكتاب، المحاكم الأمريكية، ص٣٠. ويوجد حالياً ١٧٠ محكمة استئناف فدرالية، يراجع:

- *Stephen Reinhard T. Whose federal judiciary is it any way. Judges on judging- views from the bench- collected and edited by david M. O'Brien chatham house publishers, Ins, New Jersey, 1999, p.77.*

يطلق عليها محكمة استئناف الولايات المتحدة لهذه الدائرة كاسم رسمي لها وتوجد (١١) دائرة تم ترقيمها ونظمت على أساس أنها مناطق قضائية ،تضم كل منطقة منها عدة ولايات [١] ولذا تتناثر محاكم الاستئناف لتغطي جميع أرجاء الدولة [٢].

أما تعيين أعضاء محاكم الاستئناف الفيدرالية فيتطابق مع تعيين أعضاء المحكمة العليا، حيث يرشح رئيس الولايات الأعضاء ويطلب موافقة مجلس الشيوخ ثم يصدر قرار التعيين من قبل الرئيس، إلا أن الفارق الجوهري هو تغليب الصفات الموضوعية في المرشح أكثر من الاعتبارات السياسية، فإذا كان مبدأ مجاملة الشيوخ سارياً فيما يتعلق بتعيين أعضاء المحاكم الابتدائية الفدرالية [٣]، فإن هذا المبدأ لا ينطبق على تعيين أعضاء الاستئناف، فقد جرت العادة على التركيز على التأهيل العلمي القانوني والسمات الذاتية للمرشح من (الذكاء والصدق والأمانة والحيدة والعدالة)،[٤] والواقع يشير إلى أن نجاح رؤساء الاستئناف وأعضاء المحاكم قد جعل منهم أعضاء في المحكمة العليا لسهولة معرفة قدراتهم القانونية واتجاهاتهم وإسهاماتهم في مجال الدفاع عن الدستور وحقوق الأفراد [٥].

ديفيد نوبير، المرجع السابق، ص٦٢. ميدور، المحاكم، ص٣١.

(1) د. محمد ظهري محمود، مرجع سابق، ص٦٠، ويشير المرجع إلى مثال الدائرة الرابعة وتشكل من ولايات ميرلاند وفرجينا ووست فرجينا، ونورث كارولينا وساوث كارولينا.

(2) المرجع السابق، ص٧٦. ويراجع د.عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص١٥٦.

(3) مبدأ مجاملة الشيوخ يعني أنه إذا كان المرشح لمحكمة ابتدائية شخصاً ما ويعرفه عضو مجلس الشيوخ في دائرته فإنه بمجرد الموافقة عليه من عضو يوقع باقي الأعضاء التزكية وذلك مقابل ان يوقع هذا العضو تزكية أخرى في مناطق أخرى بمجرد تزكية أحد أعضاء المجلس له، ويسري هذا المبدأ (سلف التوقيعات) في ترشيح القضاة الفيدراليين في محاكم الموضوع التي تعتبر أولى درجات السلم القضائي الفيدرالي.

(4) د. محمد ظهري محمود، المعالم البارزة......، مرجع سابق، ص١٥٨.

(5) تراجع السيرة الذاتية لأعضاء المحكمة العليا الحاليين، فأغلبهم كانوا أعضاء في محاكم الاستئناف الفيدرالية، مع وجود آخرين من أعضاء هيئة التدريس بجامعة هارفارد وغيرها من الجامعات الأمريكية بالإضافة إلى المشتغلين في المحاماة وحقوق الإنسان والمرأة، انظر موقع المحكمة العليا.

وتؤدي محاكم الاستئناف دورا من أهم الأدوار في الحياة القضائية الأمريكية ،فهي من خلال نظرها الطعون المقامة ضد الأحكام الصادرة من محاكم الموضوع والهيئات الإدارية [١]، تراقب مباشرة الهيئات لمهامها على النحو المتفق مع صحيح القانون، بما يحقق العدالة بين الخصوم ، استنادا إلى القوانين المطبقة، كما تقوم بتفسير النصوص الدستورية والتشريعية ،بالإضافة إلى ذلك فهي تكفل تطوير القانون العام ومرونته في مواجهة الظروف الجديدة التي تفرضها مستجدات العصر [٢].

ولذا يشير جانب من الفقه إلى أن المحكمة العليا (تحولت بفضل قيام محاكم الاستئناف بدورها في تطبيق القانون وتصويب أخطاء محاكم الموضوع- بصورة تدريجية إلى محكمة دستورية)[٣] ،ومن هنا يبرز دور محاكم الاستئناف في صنع السياسة الأمريكية بمشاركتها المحكمة العليا تفسير القانون لبيان مدى اتفاقه مع الدستور، (بل إن دور محاكم الاستئناف في صنع السياسة الأمريكية سواء سياسة الولايات أو الفيدرالية يكتسب أهمية إضافية باعتبار أنها محاكم آخر درجة في أغلب القضايا المطعون فيها أمامها)[٤].

---

(1) وذلك مثل اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي كاللجنة الاتحادية للتجارة (*FTC*) ومكتب العلاقات العمالية (*FLRB*). أنظر أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٩٠.

(2) أ.د. محمد ظهري محمود، مرجع سابق، ص٣٩. وإشاراته للمراجع:

- *Jeffrey A. Segal Donald R. Sanger, and charles M. Cameron- Decision Malking on us courts of appeal- contemplating courts- Division of congressional quarterly inc, 1995, p.227.*

وموسوعة النظام القضائي الأمريكي، ص٦٨٤، ديفيد نوبير، ص٣٩٢.

(3) كارب، ستيدهام، ص٤٠، كتاب الخلاصة، ص٣٤، ديفيد نوبير، ص٧١، آلن تار، ص٤٢، مشار اليه في د.محمد ظهري ، مرجع سابق ، ص ٤٠.

(4) وما يؤكد ذلك أن هناك دراسات أجريت سنة ١٩٨٦م على ثلاث دوائر كشفت عن أن المحكمة العليا لم تنقض سوى ١٩ حكما صادرا من محاكم استئناف من بين ما يقرب ٤٠٠٠ طعن. أنظر د.محمد ظهري محمود، مرجع سابق، ص٧٦.

كما تختص محاكم الاستئناف الفيدرالية باستئناف جميع الطعون المرفوعة أمامها من جميع المحاكم الابتدائية في موضوع براءات الاختراع وفي بعض الطعون المقامة في قضايا التعويضات المرفوعة ضد الحكومة الفيدرالية، وكذا اختصاصها باستئناف الأحكام غير المنهية للخصومة،[1] ومن أهمها الأحكام الصادرة بعدم الدستورية.

وما يهمنا هو اختصاصها بالفصل في دستورية القوانين، فلها أن تقرر عدم دستورية قانون ما سواء صادر من الكونجرس أو صادر من سلطة تشريعية من الولايات، وذلك لتعارضه مع دستور الاتحاد، كما لها أن تستأنف حكم محكمة الموضوع الابتدائية إذا قضت بعدم دستورية أحد التشريعات الفيدرالية، وفي هذه الحالة إما أن تصدر قرارها أو أن ترفعه إلى المحكمة العليا للفصل فيه، وفي كل الأحوال فإن حكم محكمة الاستئناف المتعلق بعدم الدستورية يعرض على المحكمة العليا للفصل فيه، كما أن للمحكمة العليا أن تطلب إحالة دعوى منظورة أمام هذه المحاكم الاستئنافية لتفصل فيها مباشرة وذلك عن طريق إجراءً الـ*Certiorari* [2].

والواقع أن محاكم الاستئناف الفدرالية لم تكن منذ قيام الاتحاد الأمريكي بما هي عليه اليوم ،فقد مرت بتطورات عدة من حيث التنظيم والإنشاء وتحديد الاختصاص،وقد كانت في السابق عبارة عن محاكم متجولة [3].

ثالثاً: محاكم الدرجة الأولى الفدرالية *District courts*:

سبق الإشارة إلى أن النظام القضائي الاتحادي يتكون من ثلاث درجات، تحتل المحكمة العليا قمة الهرم ، وتعتبر محاكم الدرجة الأولى هي قاعدة الهرم ،والتي يليها محاكم الاستئناف سابقة الإشارة [4]، ويقوم رئيس الولايات المتحدة

---

(1) د. محمد ظهري محمود، مرجع سابق، ص٦١، ٧٠.

(2) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٩١.

(3) أنظر في تطور نظام محاكم الاستئناف د.محمد ظهري محمود، المعالم البارزة ، مرجع سابق، ص٤٠.

(4) في هذا المعنى: أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٨٩. د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص٢٥٥. د.عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص١٦٦. د.محمد ظهري محمود، مرجع سابق، ص٢٩.

بتعيين القضاة بشرط موافقة مجلس الشيوخ على ذلك ويبقون في مناصبهم ماداموا يؤدون وظائفهم على نحو مرض.

وفي موافقة مجلس الشيوخ على تعيين قضاة المحاكم الابتدائية الفيدرالية (يسود مبدأ مجاملة الشيوخ ،وهو ما يعني أنه إذا كان من رشحه الرئيس حائزاً للقبول من عضو أو أعضاء مجلس الشيوخ المنتمين للحزب الحاكم في الولاية التي سيعين فيها القاضي فإن العادة جرت على أن مجلس الشيوخ يوافق على التعيين في هدوء)(١)، وهذا معناه أن مجلس الشيوخ لا يراعي الكفاءة الشخصية للمرشحين لوظائف القضاء الاتحادي بقدر مراعاته بالدرجة الأولى للاعتبارات الحزبية والمصالح الشخصية (٢)، ولذا يذهب جانب من الفقه إلى أن الاستقلال الذي يتمتع به القضاء الأمريكي ليس استقلالاً مطلقاً كما يبدو من النصوص الدستورية، فحق تعيين القضاة الفيدراليين بيد رئيس الولايات المتحدة وموافقة مجلس الشيوخ ،هذا فضلاً عن أن الرئيس يستطيع أن يرقي بعضهم إلى محاكم أعلى ، وبالتالي يتخذ من حقه في ترقية القضاة وسيلة للتأثير في قضائهم (٣).

وتنشأ المحاكم الجزئية الفدرالية بقرار من الكونجرس بحسب الحاجة وقد تزايد عددها بدرجة ملحوظة (٤) كنتيجة منطقية لتزايد السكان والقضايا المعروضة على المحاكم الابتدائية، والأصل أن تنظر الدعوى أمام قاض فرد (٥)، ومع ذلك هناك محاكم جزئية ثلاثية التشكيل،(٦) وجميع المحاكم الابتدائية

---

(١) كارب، ستيدهام، ص٢٣١. لورنس بيم، ص١١٧. الخلاصة، ص١٤٩. مشار إليهم في د.محمد ظهري محمود، مرجع سابق، ص١٥٧.

(٢) د. محمد فتوح عثمان، رئيس الدولة في النظام الفدرالي، مرجع سابق، ص١٣١.

(٣) أ.د. احمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٢٥. ويوافقه على ذلك د.محمد كامل محمود، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص١٧٤.

(٤) يضطر الكونجرس إلى إنشاء محاكم من وقت لآخر وقد صدرت لائحة مناصب القضاء الفيدرالي سنة ١٩٩٠م والتي انشئت ٧٤ منصباً قضائياً جديداً وبهذا أصبح إجمالي عدد قضاة المقاطعات ٦٤٩ قاضياً: أنظر د. محمد ظهري محمود، مرجع سابق، ص٣٢.

(٥) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٨٩.

(٦) د. محمد ظهري محمود، مرجع سابق، ص٣٦.

(الجزئية) ذات اختصاص عام في المجال الاتحادي ، [1] بمعنى أنه لا يوجد قضاء متخصص، فالقاضي ينظر جميع الدعاوى المدنية والجنائية، كما تنظر هذه المحاكم الدعاوى المرفوعة من مواطنين بصفاتهم الذاتية لتحديد مدى دستورية قوانين الولايات أو القوانين الفدرالية والتوصل إلى إصدار أحكام دقيقة بوقف تنفيذ التشريعات المطعون فيها بعدم الدستورية[2].

كما تختص المحاكم الجزئية الفيدرالية بنظر أية دعوى أو دعاوى يحددها لها الكونجرس حتى ولو كانت من اختصاص محكمة أخرى بما فيها المحكمة العليا، فللمحاكم الجزئية أن تنظر الدعاوى التي تتعلق بالتمثيل الدبلوماسي والمتعلقة بالسفراء والقناصل وهي من اختصاص المحكمة العليا بنص الدستور، ولذا ينتقد جانب من الفقه [3] خلط الكونجرس بين اختصاص المحاكم الفيدرالية كمحاكم درجة أولى وبين اختصاص المحكمة العليا ،مما أدى إلى انهيار الحدود الفاصلة بين اختصاص كل منها في هذه الدعاوى النوعية ،متناسياً هذا الاتجاه المزايا التي يوفرها القانون من إمكانية اللجوء للمحاكم الجزئيَة الابتدائية في مثل هذه القضايا ،وإن كانت في الأصل من اختصاص المحكمة العليا ،وذلك لما يوفره هذا اللجوء من تيسير التقاضي في المنطقة المتواجد بها المدعي، فالمحكمة العليا متواجدة فقط في العاصمة والمحاكم الجزئية متناثرة في جميع أرجاء الولايات مع تباعد أطرافها، كما أن القضايا الهامة مثل تلك المتعلقة بعدم الدستورية أو الخاصة بالتداعي في مواجهة السفراء والقناصل والحكومة المركزية يتم الطعن في الأحكام التي تصدرها هذه المحاكم أمام المحكمة العليا مباشرة، الأمر الذي يتجنب معه التناقض في الأحكام والوقائع المتماثلة، فالمحكمة العليا تنظر كمحكمة نقض في أحكام المحاكم الابتدائية في الحالات الثلاثة الآتية:-

---

(1) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٨٩.

(2) لورنس بيم، ص٢٩، ديفيد نوبير، ص٦٣. كارب ستيدهام، ص٤٩.مشار اليه في د.محمد ظهري محمود، مرجع سابق، ص٣٧. وتشير المصادر إلى قضية الاجهاض المعروفة باسم (رو ضد وايد) كمثال لرفع الدعوى أمام المحكمة الجزئية ثلاثية التشكيل، فقد دفعت فتاة تعرف بـ(رو) وهي غير متزوجة وحامل من سفاح بعدم دستورية قانون ولاية تكساس المعارض للاجهاض في محاولةٍ منها للحصول على حكم وقتي بوقف تنفيذ القانون. المرجع السابق، ص٣٧.

(3) د.محمد ظهري محمود، المرجع السابق، ص٣٩.

(أ - جميع الدعاوى التي تكون الولايات المتحدة أو إحدى هيئاتها العامة أو موظفوها طرفاً فيها وذلك إذا كانت المحكمة قد قررت في حكمها عدم دستورية أحد التشريعات الاتحادية.

ب - في الدعاوى المدنية التي ترفعها حكومة الولايات المتحدة لتطبيق بعض القوانين التي نصت صراحة على اختصاص المحكمة العليا.

جـ - في الأحكام التي تصدرها محكمة إقليمية ابتدائية من ثلاثة قضاة بمنح أو رفض أمر من أوامر المنع)[1].

وخلاصة ماسبق أن المحاكم الفيدرالية بجميع درجاتها تملك الفصل في دستورية القوانين كما تملك الحكم بوقف تنفيذ قانون ترى مخالفته للدستور ،وإن كان القول الفصل في الأخير للمحكمة العليا ،وبهذا يأخذ القضاء الفيدرالي الأمريكي بمبدأ لامركزية الرقابة على دستورية القوانين، فهل يأخذ قضاء الولايات أيضاً بهذا المبدأ؟ وهل له الحق في الفصل في دستورية القوانين؟ هذا ما نحاول معرفته في الفرع التالي.

(1) . أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص١٩٩. د.عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص١٦٢.

الفرع الثاني

تشكيل محاكم الولايات

ليس للقضاء في الولايات نظام موحد من ناحية تكوين هيئاته المختلفة أو تحديد اختصاصاته المتنوعة [١]. ولذا تتعدد النظم القضائية فيما بين الولايات ، ويستقل كل نظام عما يجاوره، بحيث يكون لكل منها سماته المميزة له رغم الجوار القائم بينهما، [٢]، وأهم ما يستحق التنبيه بشأن هذا القضاء أنه ليس جهازاً تابعاً للقضاء الاتحادي ولا هو درجة دنيا من درجاته وإنما يتمتع الجهازان القضائيان باستقلال وانفصال تامين ،[٣] ونأتي هنا للحديث عن محاكم الولايات الابتدائية ثم الاستئنافية والمحاكم العليا على النحو التالي:-

١- محاكم الولايات الابتدائية:

نشأت محاكم الولايات قبل قيام اتحاد الولايات ،وبالتالي نشأت قبل نشأة القضاء الاتحادي[٤]، وتعود نشأة المحاكم في أغلب الولايات إلى هجرة المستوطنين الإنجليز والذين نقلوا نظامهم الإنجليزي وقانونهم العام إلى الأرض الجديدة، [٥] وفي مرحلة الاستيطان تركزت السلطات السياسية في يد حاكم المستعمرة المعين من قبل ملك إنجلترا [٦] بما فيها السلطة التشريعية والقضائية، وتطورت المحاكم في المستعمرات الجديدة مع تبسيط الإجراءات بدرجة كبيرة

---

(1) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٢٠٢.

(2) *Lawrence Baum: The supreme court.4th edition, co. press, congessional quarterly Inc, 1992, p.76. Lawrence Baum: The American courts process and policy, Houghton, Mifflin company, 1986, p.20. G. Alan Tarr. Judicial process and judicial policy making, 2nd edition west, wads worth, 1999, p.26..*

(3) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٢٠٢.

(4) د. محمد ظهري محمود، مرجع سابق، ص١٥.

(5) د . محمد ظهري ص ١٦واشارته الى كارب ستيدهام، ص٦٤. ديفيد توبير، ص٨٨.

(6) ديفيد نيوبيرا، ص٨٨. كارب ستيدهام، ص٦٤، مشار اليه في د.محمد ظهري ،مرجع سابق ص١٨.

لتتلائم مع احتياجات السكان ،ومع مطلع القرن الثامن عشر بدأ تطور جديد يطرأ على محاكم الولايات مع زيادة عدد المحامين الذين تلقوا تدريباً في مختلف المحاكم الإنجليزية، (١) وعقب الثورة الأمريكية كان للهيئات التشريعية دور فعال في سلب سلطات الحكومة والقضاء على حد سواء،(٢) وقد زادت سيطرة السلطات التشريعية خاصة عندما أصدرت بعض المحاكم أحكاماً بعدم دستورية القوانين الصادرة من المجالس التشريعية (٣) وبالتالي زاد الصراع حدة بين المؤسسة التشريعية والقضاء ،وبالرغم من الآثار السلبية لهذا الصراع بين السلطتين التشريعية والقضائية إلا أنه لم يخل من فائدة إذ من خلاله برز الدورالسياسي للمحاكم فحققت استقلالها وحريتها (٤).

وتطورت محاكم الولايات بمراحل عدة مع تطور المشاكل الناجمة عن حركة التصنيع والتي برزت معها مشاكل قانونية عدة جديدة، كان لزاماً على المحاكم مواجهتها، وظهرت بذلك محاكم جديدة ومتخصصة بنوعية معينة من الدعاوى ، منها ما هو متعلق بنظر قضايا الأطفال، وأخرى للعمال ،بالرغم من وجود مشاكل عدة ظهرت بظهور المحاكم المتخصصة،(٥) كان من أهمها ظهور مجموعة متناقضة من المحاكم تضاربت أحكامها خاصة في المدن الواسعة.

وفيما يتعلق بتعيين قضاة محاكم الولايات فيختلف من ولاية إلى أخرى ،فمنها ما يتم الاختيار عن طريق الانتخاب، ومنها ما تختار طريقة التعيين عن طريق المحافظ (٦) ولكل ولاية من الولايات نظامها الخاص وفقاً لدستورها ،ومن الصعوبة بمكان تفصيل هذه النظم نظراً لتعددها وتنوعها وتباينها (٧).

وتنحصر الطرق التي يتم بها اختيار القضاة في الولايات في خمس طرق هي:-

---

(1) د. محمد ظهري محمود، مرجع سابق، ص١٨-١٩.

(2) كارب ستيدهام، ص٦٥. *out line of the USA*، ديفيد نوبير، ص٨٨ المؤلفة نفس.

(3) كارب ستيدهام، ص٦٥. كتاب خلاصة النظام الأمريكي، ص٤٧. ديفيد نوبيرا، ص٨٩.

(4) ديفيد نوبيرا، ص٨٩. كارب ستيدهام، ص٦٥.نقلا من د. محمد ظهري ، ص ٢٧.

(5) د. محمد ظهري، مرجع سابق، ص٢٣-٢٤.

(6) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٢٠٢.

(7) د. محمد كامل محمد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص١٤٨.

(١- الانتخاب من أعضاء الحزب. ٢- الانتخاب غير الحزبي. ٣- الاختيار على أساس الاستحقاق والجدارة. ٤- التعيين بواسطة الحكومة في الولاية، ٥- التعيين بواسطة السلطة التشريعية في الولاية)[١].

ويرصد الفقه[٢] انتقاد أسلوب الانتخاب الحزبي خاصة إذا ما علمنا بان أغلب التشريعات لا تشترط التأهيل القانوني في من يمارس العمل القضائي.

فكما هو الحال في القضاء الفيدرالي الذي لا يشترط صراحة التأهيل القانوني لمن يتم تعيينه في سلك القضاء، فإن أغلب الولايات لا تشترط دساتيرها ولا قوانينها أية شروط فيمن يختار قاضياً [٣] سوى بعض الشروط الشكلية، [٤] أما باقي الشروط فتعتبر سمات غالبة فيمن يختار للعمل القضائي وليس منصوصاً عليها في القوانين [٥].

ونظراً لعيوب أسلوب الانتخاب الحزبي للقضاة، فإن بعض الاتجاهات الحديثة دعت إلى تجنب الانتخاب الحزبي عن طريق عدم الإشارة إلى الحزب

([1]) أنظر تفاصيل هذه الطرق في: د.محمد ظهري، مرجع سابق، ص١٣٥.

([2]) عدد الفقة عيوب إنتخاب القضاة في امريكا باعتبار أن تاريخهم حافل بعدم نجاح كثير من القضاة الأكفاء في الانتخابات بسبب إصدارهم احكاما لم تصادف قبولاً جماهيرياً ولا تتفق مع جمهو الناخبين، كما لايكفل الانتخاب اختيار افضل العناصر فالجمهور لا يهتم بالكفاءة اكثر من إهتمامه بالميول السياسية والاعتبارات الاجتماعية ناهيك عن خضوع القضاة للاحزاب السياسية التي رشحتهم وتاثيرها القوي عليهم، كما أن الحياد والتجرد والنزاهة قد تفقد من القاضي لحرصه على إعادة انتخابه : يراجع في هذا ، د.محمد كامل عبد النبي ، استقلال القضاء، رسالة دكتوراه ،القاهرة ، ١٩٩٨م، ص١٤١.

([3]) د. محمد كامل، مرجع سابق، ص١٤٩.

([4]) من هذه الشروط الإقامة الدائمة في الولايات منذ زمن معين وتوافر سن معينة- أنظر د. محمد كامل، مرجع سابق، ص١٥٠.

([5]) يراجع في ذلك، محمد ظهري، مرجع سابق، ص١٣٢ ومنها أن يكون أبيض اللون ذكراً، ويفضل من ابناء البيوتات العريقة وموالٍ للنظام القائم- يراجع المرجع السابق وإشارته *Allan Farnsworth*.

الذي ينتمي إليه المرشح في بطاقة الانتخاب [١]، وهناك عدة محاولات لإصلاح أسلوب الاختيار كان أهمها ما اقترحته نقابة المحامين الأمريكية [٢] درءاً لمفاسد أسلوب الاقتراع، وقد دلل الفقه [٣] على فساد أسلوب الاقتراع بسقوط أحد المرشحين للعمل القضائي وهو ممن عمل بنجاح فيه طوال عشرين عاماً أمام منافسه الحاصل على بكالاريوس زراعة [٤] ، وهذه نتيجة منطقية للجمع بين أسلوب الانتخاب المباشر للقضاة مع عدم تحديد الشروط الموضوعية فيمن يتولى العمل القضائي.

أما فيما يتعلق بالمدة فلم تجر الولايات على وتيرة واحدة [٥] وإن كان العرف قد جرى على إمكانية تجديد انتخاب القضاة وتعينهم أكثر من مرة، الأمر الذي يعني استمرار القاضي مرهوناً بإرضاء جمهور الناخبين أو سلطة التعيين.

وتنقسم محاكم الدرجة الأولى إلى نوعين رئيسيين هما:

١- محاكم الموضوع الكبرى أو ذات الاختصاص العام.

٢- محاكم الموضوع ذات الاختصاص المحدود [٦].

وما يميز الأخيرة عن الأولى أنها لا تمتلك سجلات ولا مقرات فيمكن أن تعقد جلساتها في محال البقالة أو المطاعم أو البيوت ،ولا يوجد معها كتبة يسجلون محاضر الجلسات والإجراءات المتبعة فيها عرفية، [٧] وهذه لاتملك الفصل في الدعاوى الدستورية وإن كان لها إحالتها للمحاكم ذات الاختصاص العام ، والأخيرة لها الحق في الفصل في دستورية القوانين ،ولكن قرارها يجب إحالته للمحكمة العليا الفيدرالية ، بحيث يكون قرارها هو الفيصل في المسائل الدستورية.

---

(1) د. محمد كامل، مرجع سابق، ص١٥٠، كارول مورلاند، مرجع سابق، ص١٠٥.

(2) يراجع في تفاصيلها المرجع السابق، ص١٥٠.

(3) يراجع برنارد شفارتز، القانون في أمريكا، ص٢٠٧.مشار اليه في د. محمد كامل ، مرجع سابق ،ص ١٥٠.

(4) محمد كامل، مرجع سابق، ص١٥١.

(5) المرجع السابق، ص١٤٩.

(6) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٢٠٣. محمد ظهري، مرجع سابق، ص٢٤.

(7) د. محمد ظهري، مرجع سابق، ص٢٨، ٣٨.

ولـذا يكـشف جانـب مـن الفقـه [1] "أوجـه الـنقص فـي التنظـيم القـضائي للولايات" وما ينطوي عليه من مآخذ خطيرة خاصة فيما يتعلق بقيام هذه المحاكم بالرقابـة علـى القوانين، وتتمثـل هـذه المخـاطر فـي الانحطـاط الـشديد فـي مـستوى القضاة الجزئيين من الناحية الشخصية والقانونية على السواء، نتيجة عدم اشتراط التأهيل القـانوني والاختيـار علـى أسـس حزبيـة دون النظـر إلـى كفاءتهم القانونيـة فأغلب القضاة من العمال والأطباء والمهندسين [2].

٢- محاكم الاستئناف في الولايات المتحدة:

تشغل الدرجة التالية من السلم القضائي في الولايات المتحدة عدة محـاكم استئنافية تعرف باسم *Intermediate courts* والغرض الأساسي من إنشاء هذه المحاكم هو تخفيف العبء عن المحكمة العليا على النحو المقر لمحـاكم الاستئناف الاتحادي [3] وتلعب محـاكم الاستئناف دوراً من أهم الأدوار في الحياة القضائية الأمريكيـة ،فهـي مـن خـلال نظرهـا الطعـون المقامـة ضـد الأحكـام الـصادرة مـن محـاكم الموضـوع والهيئـات الإداريـة تراقب مباشرة الهيئـات لمهامهـا علـى النحـو المتفق مـع صـحيح القـانون بمـا يحقـق العدالـة بـين الخـصوم استناداً إلـى القـوانين المطبقـة، كمـا أنهـا تقوم بتفسير النـصوص الدستورية والتشريعية ،بالإضـافة إلـى ذلك فهي تكفل تطوير القانون العام ومرونته في مواجهة الظروف الجديدة التـي تفرضها مستجدات العصر [4].

ولـم يكـن لمحـاكم الاستئناف فـي الولايـات أي وجـود قبـل قيـام الاتحـاد الأمريكـي وإنمـا كـان جميـع قـضاة الولايـات قـضاة موضـوع ينتقلـون بـين محـاكم الولاية المختلفة لعقد جلسات نظر الدعاوى لأول مرة ، وإن كـان بين حين وآخر

---

(1) أ.د. احمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٢٠٣.

(2) المرجع السابق، ص٢٠٢.

(3) المرجع السابق، ص٢٠٣.

(4) موسوعة النظام القضائي الأمريكي، ص٦٨٤.

- *Jeffrey. A. Seyal Donald r Sanger, and Charles M Cameron- Decision Making on US conrts of appeal- contemplating courts- division of congressional quarterly inc, 1995, p.227.*

د. محمد ظهري، مرجع سابق، ص٣٩.

يجتمع عدد منهم على نحو غير ثابت لنظر دعوى (طعن) استئناف الخصوم لحكم صادر من محكمة موضوع استناداً لمخالفته القانون [١].

وأول ولاية عرفت محاكم الاستئناف هي فرجينيا والتي أصدرت تشريعاً لإنشاء محكمة تكون مهمتها النظر في الطعون المقامة ضد محاكم الموضوع [٢]، وإلى عام ١٩١١م انشئت محاكم الاستئناف المتوسطة في ١٦ ولاية توقف البعض منها لأسباب فنية ومالية [٣].

وإلى عام ١٩٩١م انشأت ٣٨ ولاية فقط هذه النوعية من المحاكم إلى جانب محاكم الاستئناف العالية النهائية (آخر درجة) وتعتبر محاكم الاستئناف المتوسطة درجة وسط بين محاكم الموضوع ومحاكم الاستئناف آخر درجة [٤].

٣- المحاكم العليا في الولايات:

على رأس النظام القضائي في الولايات توجد محكمة استئنافية واحدة [٥] يطلق عليها عادة اسم المحكمة العليا *Supreme Court* [٦] ويتراوح عدد قضاتها بين خمسة وسبعة قضاة يختارون بطريق الانتخاب، وليس لهذه المحاكم في الغالب أي اختصاص ابتدائي، وحتى بالنسبة لاختصاصها الاستئنافي يقتصر دورها عادة على مراقبة تطبيق القانون دون التعرض من جديد للموضوع، وأهم اختصاصات هذه المحاكم أنها صاحبة الكلمة النهائية في تفسير دستور الولايات وقوانينها على نحو مارأينا بالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا، كما تختص هذه المحاكم في بعض الولايات بإصدار آراء استشارية في المسائل الدستورية والقانونية بناءً على طلب المحافظ أو الهيئة التشريعية [٧].

---

(1) د.يفيد نوبير، ص٢٨٦. مشار اليه في د.محمد ظهري، مرجع سابق، ص٤١.

(2) مارتينو، ص٤٦٣. هنري إبراهام، ص٢٧٧.نقلا من د. محمد ظهري ، ص٣٩.

(3) ميدور، جورداناء ص٢٣. كارب ستيدهام، ص٦٩.نقلا من د. محمد ظهري ، ص٤٢.

(4) د. محمود ظهري، مرجع سابق، ص٤٩.

(5) في بعض الولايات توجد محكمتان نهائيتان مثل ولاية تكساس وأكلاهوما تختص إحداها بالقضايا الجنائية والثانية بالمدينة، أنظر محمود ظهري مرجع سابق، ص٥٥.

(6) وتختلف التسمية من ولاية لأخرى، يراجع المرجع السابق، ص٥٥.

(7) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٢٠٣.

وهذه المحاكم هي آخر درجة من السلم القضائي ولكن ما تجدر الإشارة إليه أنه في الولايات التي تتواجد بها محاكم متوسطة ومحكمة عليا ليس بالضرورة مرور الطعن في الدرجات الثلاث ،فقد تختص المحاكم العليا بنظر الطعون مباشرة بعد حكم محكمة الموضوع ،وقد يمر الطعن أمام المحكمة المتوسطة فالعليا إن خسر الطاعن طعنه أمام الاستئناف المتوسط ، وفي الغالب فإن القضايا الجنائية المحكوم فيها بعقوبة الإعدام يطعن فيها أمام المحكمة العليا مباشرة، وتنص تشريعات بعض الولايات على نوعيات معينة من الدعاوى يكون الطعن في الأحكام الصادرة فيها أمام المحكمة العليا مباشرة، كما في القضايا التي قضت فيها محكمة الموضوع بعدم دستورية أحد التشريعات الفيدرالية أو تلك المتعلقة بالولايات، ومعيار هذا النوعية هو أنها على قدر كبير من الأهمية، ومن المحتمل وصولها إلى المحكمة العليا إن طعن فيها أمام المحكمة المتوسطة ،لهذا كان من الأفضل توفير وقت وجهد القضاة وتحقيق عدالة ناجزة وسريعة، وذلك بنظرها أمام المحكمة العليا مباشرة [١].

وبهذا نستنتج أن درجات التقاضي ليست ذات أهمية، فالأصل هو سرعة تحقيق العدالة، وثانياً أن جميع القضاة والمحاكم تملك الفصل في دستورية القوانين وإن كان القول الفصل للمحكمة العليا الفدرالية فيما يتعلق بدستورية القوانين رغم المخاطر التي نوه إليها الفقه باختصاص قضاء الولايات في الفصل في دستورية القوانين.

وبهذا ننهي الحديث عن تشكيل القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية ونأتي للحديث عن تشكيل القضاء الدستوري في اليمن على النحو التالي بيانه:

---

(١) د. محمود ظهري، مرجع سابق، ص٥٨.

الفصل الثاني

تشكيل القضاء الدستوري في اليمن

تحدثنا في الفصل الأول عن تشكيل القضاء الدستوري في مصر والولايات المتحدة الأمريكية وأسباب وعوامل نشأة القضاء الدستوري في كلا البلدين، ونأتي هنا للحديث عن تشكيل القضاء الدستوري في اليمن، وذلك بتركيز الحديث عن تشكيل المحكمة العليا باعتبار الدائرة الدستورية إحدى دوائر المحكمة العليا وهي المختصة دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين، ثم نأتي لتفصيل أهم اتجاهات الدائرة الدستورية بعد تفصيل إختصاصات الدائرة، وقبل ذلك نعطي لمحة موجزة عن تطور وتاريخ القضاء الدستوري في اليمن وذلك على النحو التالي:-

المبحث الأول: نشأة وتطور القضاء الدستوري في اليمن.

المطلب أول: الدستور الدائم عام ١٩٧٠م.

المطلب الثاني: دستور دولة الوحدة عام ١٩٩٠م وتعديلاته.

المبحث الثاني: تشكيل المحكمة العليا:

المطلب أول: تعيين أعضاء المحكمة العليا .

المطلب الثاني: المركز القانوني لأعضاء المحكمة العليا .

المبحث الثالث: تشكيل الدائرة الدستورية :

المطلبا الأول: إختصاصات الدائرة الدستورية .

المطلب الثاني: أهم اتجاهات الدائرة الدستورية .

المبحث الأول

نشأة وتطور القضاء الدستوري في اليمن

تمهيـــــــــد:

لم تثر مسألة دستورية القوانين في اليمن فقهاً ولا قضاءً إلى وقت قريب، وعلى خلاف الوضع في مصر والذي كان للفقه والقضاء دورٌ أساسيٌ في نشأته إلى أن تم تقنينه ووصل إلى مصاف الوثيقة الدستورية .

وعلى خلاف الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية والتي تعتبر السوابق القضائية هي المنشأ الأساسي لوجود الرقابة القضائية على دستورية القوانين والتي استمرت فيه إلى يومنا هذا دون تدخل من المشرع الدستوري لتنظيم هذا الحق.

فاليمن- على خلاف ذلك- عرفت الرقابة القضائية على دستورية القوانين في أقدم الوثائق الدستورية، ثم ما لبثت أن غابت على مستوى النص الدستوري والواقع العملي ، فلا القضاء مارس تلك الرقابة ولا المشرع الدستوري حافظ على مبدأ إقرار الرقابة القضائية، وتخصيص قضاء دستوري لممارستها، وانتهى الوضع بها بعد قيام الوحدة بين شطري الوطن عام ١٩٩٠م إلى نص في قانون السلطة القضائية بعد إسنادها إلى المحكمة العليا في دستور الجمهورية اليمنية، وبما أن حديثنا ينحصر في نشأة الرقابة القضائية منذ قيام النظام الجمهوري عام ١٩٦٢ مستبعدين ما قبل ذلك التاريخ حيث لا وجود لوثيقة دستورية ولا مؤسسة تشريعية. ولذا يقتصر الحديث هنا عن الوثائق القانونية التي أشارت إلى مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وذلك على النحو التالي:-

المطلب الأول: الدستور الدائم عام ١٩٧٠م.

المطلب الثاني: دستور دولة الوحدة عام ١٩٩٠م وتعديلاته.

المطلب الأول

الدستور الدائم عام ١٩٧٠م

منذ قيام الثورة عام ١٩٦٢م - وبمساندة عسكرية مباشرة من القوات المسلحة المصرية والتي استمر تواجدها أكثر من خمسة أعوام - لم تشر الإعلانات الدستورية الصادرة من قيادات الثورة- رغم كثرتها- ولا الدساتير المؤقتة- إلى مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، بل أكثر من ذلك لم تنشأ خلال فترة الصراع على الحكم أثناء التواجد العسكري المصري وما بعده أي مجالس تشريعية لا منتخبة ولا معينة ولذا فإن مفهوم تنوع مؤسسات الحكم الدستورية إلى سلطة تنفيذية وأخرى تشريعية كان غائباً على مستوى الواقع العملي وإن كانت أهداف الثورة والوثائق التي تلتها وسميت بإعلانات دستورية- قد نصت صراحة على إنشاء مجتمع ديمقراطي، ووعدت بإنشاء مجالس تشريعية إلا أن مجلس قيادة الثورة - غالباً - ورئيس مجلس القيادة هما من يصدر الإعلانات الدستورية بإرادة منفردة، وبغياب هذه المجالس وإنفراد مجلس القيادة بإصدار مراسيم أعطاها عنوان إعلانات دستورية- مع كثرتها (١)- كانت السلطة التشريعية بيد السلطة التنفيذية واقتصرت التشريعات- إن لزم الأمر إلى إصدارها- على ما يصدره رئيس مجلس القيادة- رئيس الجمهورية.

وباستمرار الصراع - بين القوى الإقليمية والدولية- على اليمن كان الصراع مستمراً بين اليمنيين حول الثورة وحول قيادتها فيما بين الثوار أنفسهم، هذا الصراع جعل التركيز على انفراد السلطة التنفيذية بمهام التشريع وقيادة المعركة ، وأهمل جانب التشريع الدستوري والفرعي . وبخروج القوات المصرية

---

(١) صدرت بعد قيام الثورة عام ١٩٦٢م عدة إعلانات دستورية ومن المحال اعتبارها وثائق دستورية لها ثباتها والزاميتها لأن من يصدرها كان يعدلها متى ما احتاج إلى ذلك ،ومنها الإعلانات الدستورية الصادرة بتاريخ ١٩٦٣/٤/١٣م بدستور مؤقت ، ١٩٦٤/١/٦م قرار رئيس الجمهورية بإعلان دستوري، ١٩٦٤/٤/٢٧م قرار رئيس الجمهورية بإصدار دستور عام ١٩٦٤م وقد توالت تلك الإعلانات في كل خلاف على السلطة ، يراجع تفاصيلها: محمد راشد عبدالمولى، تطور التشريع والقضاء في الجمهورية العربية اليمنية، وزارة الإعلام- الإصدار رقم ٢/١٨ د. ت.

واستقرار أوضاع اليمن بعد غياب التأثير المصري- العسكري- وبوفاة الرئيس جمال عبدالناصر- صدر دستور عام ١٩٧٠م من مجلس قيادة الثورة- رئيس المجلس الجمهوري- وهو الدستور الدائم الذي كان يحوي في فصوله تفصيلاً لم يسبق إليه أي إعلان دستوري من حيث تنظيم السلطات إلى تشريعية وتنفيذية وقضائية ناهيك عن إقراره لأول مرة بإنشاء محكمة دستورية عليا نتناولها بالتفصيل تباعاً- ولا نستبعد تأثر قيادة المجلس الجمهوري بما حدث في مصر من إنشاء- المحكمة العليا عام ١٩٦٩م حيث كان التأثير المصري واضحاً على مجريات احداث تاريخ الثورة اليمنية (١).

وإن اختلفت دوافع وظروف إنشاء المحكمة الدستورية في كلا البلدين، ونتناول هنا تباعاً أحكام إنشاء المحكمة الدستورية العليا في دستور ١٩٧٠م (٢) والتي لم تر النور إلى يومنا هذا على مستوى الواقع العملي.

أولاً: تشكيل المحكمة الدستورية العليا:

نص الدستور الدائم في الباب الخامس منه على المحكمة الدستورية العليا، وجاء في المادة (١٥٥) على أن "تنشأ محكمة دستورية عليا تؤلف من عدد من العلماء الشرعيين وذوي الكفاءات العالية ينتخبهم مجلس الشورى ويرشحهم رئيس المجلس الجمهوري...".

واضح من نص المادة أن القيادة السياسية آنذاك قد حرصت على استقلال المحكمة الدستورية عن التبعية المطلقة للسلطة التنفيذية ،فقد جاء النص واضحاً بأن حق التعيين ليس بيد رئيس المجلس وإنما عليه أن يرشح من العلماء الشرعيين ومن ذوي الكفاءات العالية من يراه ثم يكون القرار بيد مجلس الشورى

---

(١) في تفاصيل الدور المصري في قيادة الثورة اليمنية يراجع: ادجار أوبلانس، اليمن الثورة والحرب حتى عام ١٩٧٠م، ترجمة د. عبدالخالق محمد راشد، مكتبة مدبولي، القاهرة، ط٢، ١٩٩٠م.

(٢) صدر الدستور بإعلان دستوري من رئيس مجلس القيادة، وإن تضمن عبارات (وافق الشعب اليمني على ما جاء فيه) فهو لم يعرض في استفتاء ولم يتم حتى اختيار لجنة لإصداره وكانت هذه العبارة تتصدر معظم الإعلانات الدستورية ولم تعرض أي منها لاستفتاء إلا بعد قيام الوحدة عام ١٩٩٠م.

،وهذا ما عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، وهو نظام أكثر تطورا مما كان عليه الحال في جمهورية مصر أثناء نشأة المحكمة العليا والتي كان التعيين فيها بيد رئيس الجمهورية وحسب، ولمدة قصيرة جداً سبق الإشارة إليها.

وإن كنا نشير إلى استفادة القيادة السياسية آنذاك التي صاغت الدستور الدائم عام ١٩٧٠م بالمشروع المصري والذي أنشأ قبلها المحكمة العليا وجعلها دون غيرها مختصة بالرقابة على دستورية القوانين إلا أن نص الدستور الدائم في اليمن قد ذهب إلى تجنيب المحكمة العليا هيمنة رئيس الجمهورية باختيار أعضائها وهو موقف كان ممدوحاً لو تم لهذه المحكمة الظهور على أرض الواقع.

لكن لا المجلس الجمهوري استمر ولا مجلس الشورى مارس صلاحياته بالتشريع ولا المحكمة الدستورية العليا أنشئت ،حتى هذه الوثيقة (الدائمة) هي الأخرى تم تعليقها وتجميد العمل بها مطلع العام ١٩٧٤م بإعلان دستوري من قبل رئيس مجلس القيادة [1].

عودا على بدء نجد أن النص الدستوري الدائم قد حدد شروط عضوية أعضاء المحكمة الدستورية العليا المقترحة، فاشترط أن يكونوا من علماء الشريعة الإسلامية بالإضافة إلى ذوي الكفاءات - وهؤلاء قد يكونوا مستقبلا من القانونيين أو متخصصين في علوم أخرى - الأمر الذي يعني الجمع بين المؤهلات الشرعية والقانونية والمؤهلات الأخرى- لإعتبارات سياسية.

ثانياً: إختصاصات المحكمة الدستورية العليا:

نصت الوثيقة الدستورية الدائمة في المادة سالفة الإشارة إلى أن (تنشأ محكمة دستورية عليا...تبت بصورة نهائية في الأمور الآتية:-

١- دستورية أي تعديل دستوري .

٢- دستورية القوانين والقرارات التي لها قوة القانون.

---

(1) صدر قرار مجلس القيادة رقم (٤) لسنة ١٩٧٤م بتجميد مجلس الشورى وتعليق الدستور ونص على (مادة١: يجمد مجلس الشورى ويعلق الدستور الدائم. مادة٢: يعمل بهذا القرار من تاريخ نشرة) ١٤ يونيو ١٩٧٤م.

٣- محاكمة رئيس وأعضاء المجلس الجمهوري ورئيس الوزراء والوزراء.

٤- التحقيق في طعون الانتخابات الخاصة بأعضاء مجلس الشورى)[1].

فحددت المادة إختصاصات المحكمة الدستورية العليا على سبيل الحصر بصدر الدستور، ولم تحل إلى أي اختصاص آخر ينص عليه القانون ،ولذا فليس في حق السلطة التشريعية أن تضيف لهذه المحكمة أي اختصاص آخر.

وبالتأمل في هذه الإختصاصات نجدها واسعة وشاملة لإختصاصات عدة أولها النظر في "دستورية أي تعديل دستوري" ويبدو أن هذا الاختصاص هو الدافع الأساسي وراء فكرة إنشاء المحكمة الدستورية العليا ،ذلك بسبب كثرة الإعلانات الدستورية التي صدرت بعد قيام الثورة والتي كان يصدرها رئيس المجلس الجمهوري أو رئيس مجلس القيادة بإرادة منفردة كلما اختلف مع جناح من فرقاء السلطة، آية ذلك أن تعديلات عدة نالت من هذه الوثيقة الدستورية دون مراعاة للقواعد التي نصت عليها لإجراء أي تعديل دستوري [2].

---

(1) المادة (١٥٥) من الدستور المؤقت الصادر عام ١٩٧٠م .

(2) سبق الإشارة إلى الإعلانات الدستورية بعد قيام الثورة عام ١٩٦٢م ومنها الإعلان الدستوري بالدستور الدائم عام ١٩٧٠م وما تلاه بعد ذلك من إعلان دستوري يتعلق العمل به ومن هذه الإعلانات المتتالية والتي سبقت هذه الوثيقة الدستورية:

- القرار الدستوري رقم (١) بتاريخ ١٩٦٨/٨/١٨م.
- القرار الدستوري رقم (٢) بتاريخ ١٩٦٨/٩/٢٥م بتعديل الإعلان السابق.
- القرار الدستوري بتعديل القرار السابق بتاريخ ١٩٦٩/٣/١٥م.
- القرار الدستوري رقم (٢) بتعديل القرار السابق بتاريخ ١٩٦٩/٣/١٨م.

ويلاحظ أن الفارق بين قرار دستوري وأخر كان يصل إلى ثلاثة أيام بل أقل من ذلك ،اما التعديلات التي طالت الستور الدائم فهي :

- الإعلان الدستوري بتجميد مجلس الشورى وتعليق العمل بالدستور الدائم بتاريخ ١٤ يونيو ١٩٧٤م.
- الإعلان الدستوري رقم (٢٢) لسنة ١٩٧٤م بتحديد نظام الحكم في الفترة الانتقالية بتاريخ ١٩ يونيو ١٩٧٤م.

وبالإضافة إلى هذا الاختصاص الذي لا يمكن التسليم به إلا بنص دستوري ، هناك الاختصاص الأصيل للمحكمة وهو رقابة "دستورية القوانين والقرارات التي لها قوة القانون" وهو جوهر اختصاص المحكمة الدستورية العليا، وكذا "محاكمة رئيس وأعضاء المجلس الجمهورية ورئيس الوزراء" وهذا الاختصاص أريد منه تعطيل المحاكم العسكرية التي نصبت لخصوم الثورة والثوار أنفسهم الذين اختلفوا مع السلطة الحاكمة آنذاك ، ولذا حرص المشرع الدستوري في الوثيقة الدستورية الدائمة أن تكون محاكمة أعضاء السلطات العامة والحكومة بيد المحكمة الدستورية العليا المزمع إنشائها.

بالإضافة إلى اختصاصها (بالتحقيق في طعون الانتخابات الخاصة بأعضاء مجلس الشورى) وبما أن هذه الانتخابات لم تتم إلى أن تم الإنقلاب(*) على القيادة السياسية التي تولت الحكم منذ عام ١٩٧٠م إلى ١٩٧٤م فإن هذه الطعون لم تقم ، كما أن المحكمة ظلت- رغم هذه الوثيقة الدستورية التي تعتبر خطوة هامة في إنشاء دستور مكتوب واضح المعالم- حبراً على ورق، كما غيب دور المجلس الجمهوري ليظهر فقط رئيس المجلس دون غيره، وغاب مجلس الشورى المعين وعاد الحكم فردياً بإعلان دستوري جعل كل السلطات بيد مجلس القيادة وتحديداً رئيس مجلس القيادة.

- الإعلان الدستوري بانهاء العمل بالإعلان الدستوري الصادر بتاريخ ١٩٧٤/١٠/٢٢م. وإنهاء مجلس الشورى، واستمرار العمل بالدستور الدائم بعد تعديل بنص أحكامه- صادر بتاريخ ١٩٧٥/١٠/٢٢م.
- الإعلان الدستوري الصادر بتشكيل مجلس الشعب التأسيسي بتاريخ ١٩٧٨/٢/٦م.
- الإعلان الدستوري الصادر بتعديل الإعلان السابق بتاريخ ١٩٧٨/٤/١٧م.
- الإعلان الدستوري بتحديد شكل رئاسة الدولة بتاريخ ١٩٧٨/٤/٢٢م.
- الإعلان الدستوري بتعديل أحكام مجلس الشعب بتاريخ ١٩٧٩/٥/٨م.
- الإعلان الدستوري بقيام مجلس الشورى، بتاريخ ١٩٨٨/٨/٢٠/
- يراجع في تفاصيل هذه الإعلانات الدستورية. محمد راشد عبدالمولى، مرجع سابق، ص٢٢٣- ٣٣٢ وما بعدها، طبعة٣، ص٢٠٠٢.

(*) تم الانقلاب ونفي رئيس المجلس الجمهورية خارج البلاد فيما عرف لاحقاً (بحركة ١٣ يونيو) بقيادة المقدم إبراهيم الحمدي .

ثالثاً: حجية حكم المحكمة الدستور العليا:

نصت الوثيقة الدستورية سالفة الإشارة وفي المادة التي أشارت إلى إنشاء المحكمة الدستورية أنها (تبت بصورة نهائية في الأمور الآتية) وبهذا يكون حكم المحكمة نهائياً وباتاً لا يجوز الطعن فيه، ولم يكتف المشرع الدستوري بهذا القدر من الوضوح فأفرد حكماً أكد فيه أن (قرارات المحكمة العليا تنشر في الجريدة الرسمية ولا تقبل الطعن بأي وجه من أوجه الطعن وهي ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الإدارية والقضائية)[1].

وأكدت الوثيقة الدستورية على أن (يحدد القانون- ذو صفة دستورية- الإجراءات الخاصة بتشكيل المحكمة الدستورية العليا وقواعد تنظيمها والإجراءات التي تتبع أمامها)[2].

كما أشارت المادة (١٥٦) من الدستور الدائم إلى واجب أداء القسم من رئيس وأعضاء المحكمة الدستورية العليا أمام مجلس الشورى في جلسة خاصة يحضرها رئيس المجلس الجمهوري، وبهذا تتحدد مسئولية أعضاء المحكمة الدستورية أمام مجلس الشورى وليس رئيس المجلس الجمهوري الذي عليه فقط أن يحضر هذه الجلسة لسماع اليمين، ولم يقدر له أن يحضر لأن المحكمة لم تنشأ وتم إبعاده من آراضي الوطن وإلغاء الوثيقة الدستورية المؤقتة بإعلان دستوري لاحق.

(1) المادة (١٥٧) من الدستور الصادر عام ١٩٧٠م.

(2) المادة (١٥٨) من الدستور الصادر عام ١٩٧٠م.

المطلب الثاني

دستور دولة الوحدة عام ١٩٩٠م وتعديلاته

إذا كان الدستور الدائم الصادر عام ١٩٧٠م قد علق العمل به في عام ١٩٧٤م لفترة حكم المقدم/ إبراهيم الحمدي، بإعلان دستوري صادر منه، وأكتفى طيلة عهده بإعلان وثيقة دستورية مكونة من عشرين مادة جعلت من مجلس القيادة (متولياً للسلطة التنفيذية والتشريعية للدولة)(1) إلا أن الدستور الدائم - بعد إلغاء مجلس الشورى من أحكامه - قد عاد نظرياً كوثيقة سياسية حاكمة بواسطة إعلان دستوري صادر من رئيس مجلس القيادة وذلك عام ١٩٧٥م (٢) بالرغم من التعديلات التي طالت الدستور الدائم خاصة فيما يتعلق بتشكيل مجلس الشورى والذي عاد للواقع العملي بالتعيين عن طريق إعلان دستوري إثر اغتيال الرئيس الحمدي وذلك في عام ١٩٧٨م مع تغيير المسمى إلى (مجلس الشعب التأسيسي)(٣) والذي ما لبث أن تغير إلى (مجلس الشعب)(٤) (فمجلس الشورى) بإعلان دستوري بصيف عام ١٩٧٩م.

---

(1) المادة ١٥ من وثيقة الإعلان الدستوري الصادر في ١٩ يونيو ١٩٧٤.

(2) نص الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ ٢٢/١٠/١٩٧٥م (باستمرار العمل بالدستور الدائم) للمرحلة الانتقالية الجديدة، والغريب إدعاء القيادة السياسية للعمل بالدستور الدائم ومخالفته بتعديله دون مراعاة لإجراءات التعديل المنصوص عليها في صلب الدستور الدائم والتي تشترط موافقة ثلثي أعضاء مجلس الشورى والذي كان ملغياً بإعلان دستوري هو الآخر. يراجع محمد راشد عبدالمولى، مرجع سابق، ص٣٢٤.

(3) الإعلان الدستوري الصادر في ٦/٢/١٩٧٨م بتشكيل مجلس الشعب التأسيسي وتحديد مهامه ، أصدر هذا الإعلان المقدم أحمد حسين الغشمي، رئيس مجلس القيادة.وتم الإعلان بتعديل الإعلان السابق بتاريخ ١٧/٤/١٩٧٨م.

(4) وذلك بعد مقتل الرئيس احمد الغشمي صدر إعلان دستوري بتأسيس مجلس الشعب وتم تعديله إلى مجلس الشورى. وهذا الأخير هو الذي تم الانتخاب فيه لأعضاء المجلس قبيل قيام الوحدة مع احتفاظ الرئيس بتعيين ٢٠% من أعضاء مجلس الشورى وفقاً لما نصت عليه الإعلانات الدستورية المتلاحقة.

ومع كثرة هذه التعديلات الدستورية- المخالفة لنصوص الدستور الدائم- ظل الدستور الدائم نظرياً هو الوثيقة الأم التي استمرت كوثيقة سياسية يعترف الحكام بالاستناد إليها في كل قراراتهم وتعديلاتهم التي ركزت على شكل رئاسة الدولة فتم التعديل من (مجلس القيادة) الجماعي إلى (رئيس الجمهورية). وكذا تغيير مسمى مجلس الشورى وطريقة تعيينه وانتخابه، الأمر الذي يعني استمرار الدستور الدائم منذ إصداره عام ١٩٧٠م إلى قيام الوحدة اليمنية عام ١٩٩٠م كوثيقة سياسية حاكمه، وهو الأمر الذي يعني بقاء الفصل الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية العليا طوال العشرين عاماً التي استمرت فيها وثيقة الدستور الدائم قائمة، ومع طول هذه الفترة لم يلتفت أي من الرؤساء مع كثرتهم إلى اقتراح أعضاء المحكمة الدستورية ، ولا طالب مجلس الشعب التأسيسي ولا الشورى بقيام تلك المحكمة الموعود بها إلى أن قامت الوحدة بين الشطرين عام ١٩٩٠م.

هذا فيما يتعلق بالشطر الشمالي من الوطن سابقا، أما وثائق الشطر الجنوبي في الوطن قبل الوحدة فلم يكن من بينها أي إشارة إلىٰ قضاء دستوري أو أي نوع من أنواع الرقابة سياسية أو قضائية [١]، مع أن الأحكام المتعلقة بإنشاء المحكمة العليا وإختصاصاتها كانت أكثر تطورا مما كان عليه حال المحكمة العليا في الشمال أو حتى ما آلت إليه المحكمة العليا بعد قيام الوحدة[٢].

وبقيام الوحدة بين شطري الوطن باتفاق السلطتين القائمتين آنذاك عام ١٩٩٠م تم الاستفتاء على دستور دولة الوحدة وهو الدستور الوحيد الذي تم إقراره باستفتاء شعبي إلى ذلك التاريخ ،وقد تضمن دستور دولة الوحدة فصلاً خاصاً بالسلطة القضائية وإنشاء (محكمة عليا للجمهورية اليمنية يحدد القانون

([1]) يراجع في تفاصيل الوثائق الدستورية لجمهورية اليمن الديمقراطية ، محمد راشد عبدالمولى، مرجع سابق، ص١٠٧.

([2]) كان القانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٠م الخاص بالسلطة القضائية في الجنوب يعطي للمحكمة العليا إختصاصات منها حق تمتعها باقتراح قوانين ومشاريع قوانين، كما لها حق تقديم مقترحات لهيئة رئاسة مجلس الشعب لتنسيق القوانين وإزالة التعارض. ناهيك عن أن أعضاء المحكمة منتخبون ومسئولون أمام مجلس الشعب ولم تكن للسلطة التنفيذية أي سلطة عليها. إلا أنه لم يكن من بين إختصاصاتها أن تفصل في دستورية القوانين.

كيفية تشكيلها ويبين إختصاصاتها والإجراءات التي تتبع أمامها) وحدد الدستور إختصاصاتها على وجه الخصوص فيما يلي:-

(١- الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات.

٢- الفصل في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء.

٣- الفصل في الطعون الانتخابية.

٤- الفصل في الطعون في الأحكام النهائية المكتسبة الدرجة القطعية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية.

٥- الفصل في الطعون في الأحكام النهائية المكتسبة الدرجة القطعية في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية)(١).

وقد حدد دستور دولة الوحدة المستفتى عليه عام ١٩٩١م طريقة تعديله بواسطة موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب المنتخب، وبعد إجراء الانتخابات النيابية وقيام حرب صيف ١٩٩٤م تم التعديل ، وقد طالت هذه التعديلات الأحكام المتعلقة بإنشاء المحكمة العليا فنص التعديل الدستوري على أن (المحكمة العليا للجمهورية اليمنية هي أعلى هيئة قضائية ويحدد القانون كيفية تشكيلها ويبين إختصاصاتها والإجراءات التي تتبع أمامها وتمارس على وجه الخصوص في مجال القضاء مايلي:-

أ - الفصل في الدعاوى والدفوع المتعلقة بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات.

ب - الفصل في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء.

جـ - التحقيق وإبداء الرأي في صحة الطعون المحالة إليها من مجلس النواب المتعلقة بصحة عضوية أي من أعضائه.

د - الفصل في الطعون في الأحكام النهائية وذلك في القضايا المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية والمنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية وفقاً للقانون.

---

(١) المادة ١٢٤ من دستور دولة الوحدة ١٩٩٠م.

هـ - محاكمة رئيس الجمهورية ونائب الرئيس ورئيس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم)[1].

وواضح من النص أن التعديل قد حدد إجراءات الطعن بعدم الدستورية بطريقي الدعوى الأصلية والدفع ، وكذا إضافة اختصاص محاكمة أعضاء السلطة التنفيذية إلى جانب إختصاصاتها المتعددة ، وبالتالي فإن المحكمة العليا تتضمن- باعتبارها- أعلى هيئة قضائية- اختصاص مجلس الدولة- القضاء الإداري- وقضاء النقض في الموارد المدنية والتجارية والشخصية والجنائية- وكذا القضاء الدستوري والذي آل إلى دائرة من دوائر المحكمة العليا بالإضافة إلى الدائرة العسكرية، وهو ما تضمنه تفصيلاً قانون السلطة القضائية والذي نأتي لبيان أحكامه فيما يتعلق بالقضاء الدستوري ممثلاً في الدائرة الدستورية.

أما التعديل الدستوري الذي أجري مطلع العام ٢٠٠١م فلم يمس النصوص الخاصة بالسلطة القضائية ، ولذا تبقى أحكام االتعديل الدستوري عام ١٩٩٤م والتعديل الدستوري المستفتى عليه مطلع ٢٠٠١ ساريتين فيما يتعلق بأحكام المحكمة العليا إلى هذا التاريخ.

---

(1) المادة ١٥١ من التعديل الدستوري عام ١٩٩٤م.

المبحث الثاني
تشكيل المحكمة العليا

تمت الوحدة اليمنية في ١٩٩٠/٥/٢٢م وهجر دستورها المستفتى عليه عام ١٩٩١م مبدأ القضاء الدستوري المتخصص والذي كان منصوصاً عليه في الدستور الدائم (دستور الجمهورية العربية اليمنية - سابقاً- الشطر الشمالي) كما أخذ من دستور (جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية - سابقاً- الشطر الجنوبي) بمبدأ وحدة القضاء ممثلاً بالمحكمة العليا التي تفصل في جميع أنواع القضايا رغم اختلافها، ولكنه هجر مبدأ انتخاب القضاة من مجلس الشعب والذي كان سارياً في الجنوب وأخذ بمبدأ التعيين من قبل السلطة التنفيذية.

فبمحاولة المزج بين نظامين قضائيين مختلفين من حيث الثقافة والسوابق والأصول التي استمدها القضاء كان لنا نظام قضائي دستوري تمثل في دائرة من دوائر المحكمة العليا والتي نأتي لبيان تشكيلها من حيث أسلوب اختيار القضاة وحقوقهم وواجباتهم ليتبين مدى استقلال القضاء عموماً واستقلال القضاء الدستوري على وجه الخصوص وذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تعيين أعضاء المحكمة العليا.

المطلب الثاني: المركز القانوني لأعضاء المحكمة العليا.

المطلب الأول

تعيين أعضاء المحكمة العليا

أشار دستور دولة الوحدة إلى أن "تنشأ محكمة عليا للجمهورية ويحدد القانون كيفية تشكيلها ويبين إختصاصاتها والإجراءات التي تتبع أمامها..."(١) وأكد التعديل الدستوري الذي أجري عام ١٩٩٤م وما تلاه من تعديل مطلع العام ٢٠٠١م أن "المحكمة العليا للجمهورية هي أعلى هيئة قضائية، ويحدد القانون كيفية تشكيلها ويبين إختصاصاتها والإجراءات التي تتبع أمامها..."(٢).

وبهذا النص الدستوري عهد دستور الجمهورية اليمنية إلى القانون كيفية تشكيل المحكمة العليا والتي أناط بها الفصل في دستورية القوانين وكذا الفصل في جميع الطعون في الأحكام النهائية لجميع القضايا وكذا محاكمة رئيس الجمهورية ونائبه ورئيس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم، كما أشار النص الدستوري إلى إمكانية إعطاء المحكمة العليا إختصاصات يبينها القانون إلى جانب ما أشار إليه الدستور من إختصاصات.

وبالنظر إلى القانون المشار إليه وهو القانون رقم (١) لسنة ١٩٩١م بشأن السلطة القضائية نجده يؤكد أن "المحكمة العليا هي أعلى هيئة قضائية في الجمهورية ومقرها العاصمة صنعاء"(٣) وأشار إلى أن "تؤلف المحكمة العليا من رئيس ونائب أو أكثر وعدد كاف من القضاة يصدر بتحديد عددهم عند التشكيل وعند اللزوم قرار وزير العدل بالتشاور مع رئيس المحكمة بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى"(٤).

ففرق النص القانوني بين تعيين رئيس المحكمة ونوابه- مع إمكانية أن يكون هناك أكثر من نائب بحيث يتم استيعاب العناصر القضائية التي كان لها مواقع قضائية في الشطرين قبل الوحدة- وبين أعضاء المحكمة والذين أوكل إلى

---

(1) المادة ١٢٤ من دستور دولة الوحدة المستفتى عليه عام ١٩٩١م.

(2) المادة ١٥٢ من التعديل الدستوري عام ١٩٩٤م، والمادة ١٥٣ من التعديل عام ٢٠٠١م وهو الدستور النافذ حاليا.

(3) المادة ١٠ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١م بشأن السلطة القضائية.

(4) المادة ١١ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١م بشأن السلطة القضائية.

قرار يصدر من وزير العدل بتحديد عددهم وبذا يكون عدد أعضاء المحكمة متروكاً لسلطة وزير العدل مع موافقة مجلس القضاء الأعلى.

أما بخصوص "تعيين رئيس المحكمة العليا ونائبيه وقضاة المحكمة فبقرار من مجلس الرئاسة بناء على ترشيح من مجلس القضاء الأعلى وذلك من بين قائمة أسماء تتولى هيئة التفتيش القضائي إعدادها للعرض على المجلس مشفوعة بكافة البيانات وتقارير الكفاءة المتعلقة بمن تشملهم القائمة..."[١].

ومعلوم أن (مجلس الرئاسة) تم تحويل سلطاته وإختصاصاته إلى (رئيس الجمهورية) في التعديل الدستوري الذي أجري عام ١٩٩٤م وانتهت بهذا سلطات المجلس الجماعي والذي كان موكلاً إليه - وبموجب القانون - تشكيل أول تشكيل للمحكمة العليا بموجب أحكام قانون السلطة القضائية [٢].

وبهذا يكون تعيين رئيس المحكمة العليا حالياً بيد رئيس الجمهورية وكذا نوابه أما الأعضاء الباقين فطريق تعيينهم بالمحكمة العليا يتم أولاً بإعداد قائمة من هيئة التفتيش القضائي التابعة لوزارة العدل مرفوعة إلى مجلس القضاء الأعلى ، والأخير عليه أن يرشح من يراه فيختار رئيس الجمهورية منهم من أراد ، ويصدر قرار التعيين وبهذا ليس لرئيس الجمهورية أن يعين من يريد إذا لم يكن مرشحاً من قبل مجلس القضاء الأعلى ، وإن كان الغالب أن يتم تعيين رئيس المحكمة من قبل رئيس الجمهورية دون العودة إلى هيئة التفتيش أو مجلس القضاء الأعلى الذي يرأسه رئيس الجمهورية حتى في ظل التعديل الأخير الذي أجري عام ٢٠٠٦م وسنشير إليه لاحقاً.

فهل تمثل هذه الطريقة في تعيين أعضاء المحكمة العليا ورئيسها ونوابه ضمانة لاستقلال المحكمة العليا من السلطة التنفيذية؟!

(1) المادة ٥٩ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١م بشأن السلطة القضائية.

(2) جاء في المادة السالفة إلى أن "يتم تشكيل المحكمة العليا لأول مرة بعد نفاذ هذا القانون عن طريق اختيار مجلس الرئاسة لمن يتم تعيينهم من بين قضاة المحكمة العليا والمحاكم الاستئنافية أو ممن عمل سابقاً في المحكمة العليا أو محاكم الاستئناف أو من العاملين في النيابة العامة أو التدريس الجامعي أو المحاماة". ولذا كان أمام مجلس الرئاسة خيارات واسعة عند تشكيل المحكمة العليا لأول مرة من شرائح عدة سواء ممن عملوا في القضاء أو النيابة العامة أو أساتذة الجامعة أو المحامين.

هذا ما نحاول الإجابة عليه من خلال استعراض أحكام نشأة وارتباط هيئة التفتيش القضائية ومجلس القضاء الأعلى بالسلطة التنفيذية وتحديداً رئيس الجمهورية.

ففيما يتعلق بمجلس القضاء الأعلى فهو منشأ بنص دستوري ، فقد جاء في دستور دولة الوحدة أن "يكون للقضاء مجلس أعلى ينظمه القانون ويبين إختصاصاته ويعمل على تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة من حيث التعيين والترقية والفصل والعزل وفقاً للقانون"(١).

وقد أشار التعديل الدستوري عام ١٩٩٤م وعام ٢٠٠١م أن يكون "للقضاء مجلس أعلى ينظمه القانون ويبين إختصاصاته وطريقة ترشيح وتعيين أعضائه"(٢) مؤكداً على طريقة التعيين لأعضاء السلطة القضائية وإن سبق ذلك التعيين ترشيح من هيئات قضائية مستبعداً بذلك النص الدستوري أي طريق للسلطة التشريعية ممثلة بمجلس النواب في اختيار طريقة الانتخاب لأعضاء السلطة القضائية ،وبالتحديد أعضاء مجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، خاصة وأن قوانين السلطة القضائية في الشطر الجنوبي كانت تنص على طريقة الانتخاب لأعضاء المحكمة العليا (٣) وأن مطالبات سياسية نادت بذلك للحد من تدخل السلطة التنفيذية في تعيين أعضاء المحكمة العليا ومجلس القضاء الأعلى.

وبالنظر في أحكام تشكيل مجلس القضاء الأعلى- وبحسب آخر تعديل أجري عليه- نجده يتكون من (١-رئيس المحكمة العليا. ٢-وزير العدل. ٣-النائب العام. ٤-أمين عام المجلس. ٥-رئيس هيئة التفتيش القضائي. ٦- ثلاثة أعضاء يتم تعيينهم بقرار من رئيس الجمهورية على أن لا يقل درجة كل منهم عن قاضي محكمة استئناف)(٤).

---

(١) المادة ١٢٣ من دستور دولة الوحدة ١٩٩١م.

(٢) المادة ١٥٠ من التعديل الدستوري عام ١٩٩٤م والمادة ١٥٢ من التعديل المستفتى عليه عام ٢٠٠١م.

(٣) يراجع نص المادة ٨٢ من دستور عام ١٩٧٨م والذي أقره مجلس الشعب الأعلى في ١٩٧٨/١٠/٣١م، من دستور جمهورية اليمن الديمقراطية- الشطر- الجنوبي سابقاً.

(٤) المادة ١٠٤ المعدلة من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦م والمعدلة للمادة ١٠٤ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١م بشأن السلطة القضائية.

في حين كان تشكيل مجلس القضاء الأعلى في القانون رقم (١) لسنة ١٩٩١م مكوناً من: (١-رئيس مجلس الرئاسة- والذي تحول إلى رئيس الجمهورية بعد التعديل الدستوري عام ١٩٩٤م. ٢-وزير العدل ٣-رئيس المحكمة العليا، ٤- نائبي رئيس المحكمة العليا. ٥- النائب العام. ٦-نائب وزير العدل. ٧-رئيس هيئة التفتيش القضائي. ٨- ثلاثة أعضاء يتم تعيينهم بقرار من مجلس الرئاسة على أن لا تقل درجة كل منهم عن قاضي محكمة عليا).

وبالمقارنة بين النصين نجد غياب رئيس الجمهورية- والذي كان رئيساً لمجلس الرئاسة- من التشكيل والذي كان يرأس مجلس القضاء الأعلى، كما كان عليه الحال في الجمهورية العربية اليمنية قبل الوحدة حيث كان رئيس الجمهورية رئيساً لمجلس القضاء الأعلى وكان له نائباً لرئيس مجلس القضاء الأعلى.

وهذا الغياب مؤقت وليس دائماً ،فما يزال لرئيس الجمهورية حق دعوة مجلس القضاء الأعلى للانعقاد- بحسب التعديل الأخير- وفي هذه الحالة يكون الاجتماع منعقداً (برئاسته كلما دعت الحاجة إلى ذلك)[1].

ونكون أمام ارتباط لمجلس القضاء الأعلى برئيس الدولة- رئيس السلطة التنفيذية- بالرغم مما قد يتوهمه البعض من أن التعديل القانوني فك الارتباط .

كما يلاحظ غياب (نائب وزير العدل ونائبي رئيس المحكمة العليا) من التشكيل الأخير لمجلس القضاء الأعلى ،والمبرر الواضح لذلك أن دخولهم في التشكيل السابق كان مرتبطاً بالمرحلة الانتقالية للوحدة ،حيث كان التشكيل الحكومي في ظاهره وباطنه التقاسم بين الحزبين الحاكمين آنذاك اللذين تمت على يديهما الوحدة وقامت باتفاقهما دولة الوحدة.

واستحدث بدل هذه الشرائح منصب (أمين عام المجلس) وبقي رئيس هيئة التفتيش القضائي ،أما الثلاثة الأعضاء فقد نزلت درجتهم القضائية من أعضاء

---

(1) المادة ١٠٥ من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٦م بتعديل مواد القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١م بشأن السلطة القضائية. هذا التعديل تقدم به رئيس الجمهورية إلى مجلس النواب وقد عارض بعض أعضاء المجلس باعتباره مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية. على أساس أن رئيس الدولة هو رئيس القضاء وأنه ليس من حقه أن يتنازل عن سلطات القضاء وأن هذا التعديل غير مشروع. يراجع محاضر مجلس النواب المتعلقة بمناقشة التعديل.

محكمة عليا إلى أعضاء محكمة استئناف ،يتم تعيينهم بإرادة منفردة من قبل رئيس الجمهورية.

أما النائب العام فهو الآخر وفقاً لقانون السلطة القضائية معين بقرار من رئيس الجمهورية[1] وهو معين هنا بحكم منصبه في مجلس القضاء الأعلى، ويعين رئيس هيئة التفتيش القضائي بقرار من وزير العدل وفقاً لنص المادة (٩٢) من قانون السلطة القضائية. وبهذا يكون مجلس القضاء الأعلى برمته معيناً من قبل السلطة التنفيذية وتحديداً رئيس الجمهورية- ماعدا رئيس هيئة التفتيش الذي يعين بقرار أدنى وهو قرار وزير العدل.

حتى رئيس مجلس القضاء الأعلى وفقاً للتعديل الأخير معين من قبل رئيس الجمهورية،وذلك بنص المادة (٢) من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٦م والتي تؤكد أن "يكون رئيس المحكمة العليا رئيساً لمجلس القضاء الأعلى ويصدر بتعيينه قرار من رئيس الجمهورية)، ومع كل ذلك (لرئيس الجمهورية دعوة المجلس للانعقاد برئاسته كلما دعت الحاجة إلى ذلك)[2].

ونخلص مما سبق أن قانون السلطة القضائية عهد إلى رئيس الجمهورية منفرداً مهمة اختيار وتعيين رئيس المحكمة العليا ونوابه ورئيس مجلس القضاء الأعلى، وكذا تعيين جميع أعضاء المحكمة العليا بعد ترشيح مجلس القضاء الأعلى لهم ،والأخير جميع أعضائه يتم تعيينهم من قبل رئيس الجمهورية- ماعدا رئيس هيئة التفتيش القضائي المعين من قبل وزير العدل .

ويعيب جانب من الفقه [3] انفراد السلطة التنفيذية- بل قمة تلك السلطة- باختيار أعضاء المحكمة العليا التي يفترض فيها أنها تراقب سلطات الدولة الأخرى لكي تردها إلى جادة الصواب لأن هذه الطريقة في التعيين لا توفر أي قدر من الاستقلال لأعضاء المحكمة.

---

(1) المادة (٦٠) من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م (يعين النائب العام والمحامي العام الأول بقرار من رئيس الجمهورية). حيث كان رئيس الجمهورية- رئيساً لمجلس الرئاسة.

(2) المادة ١٠٥ المعدلة بالقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٦م.

(3) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١١٢.

ومع كل هذه السلطات التي يتمتع بها رئيس السلطة التنفيذية في اختيار وتعيين أعضاء السلطة القضائية وتحديداً أعلى هيئة قضائية وهي المحكمة العليا ، هل تعتبر سلطاته مطلقة من كل قيد؟ أم أنها مقيدة بتحقيق شروط معينة في المرشح لهذا العمل القضائي؟

هذا ما نحاول الإجابة عليه من خلال استعراض شروط تولي القضاء بموجب أحكام قانون السلطة القضائية.

أول ما يمكن التنويه إليه أن قانون السلطة القضائية في الشطر الشمالي من الوطن كان يشترط صراحة (الذكورة) فيمن يتولى العمل القضائي، بعكس الحال في الشطر الجنوبي الذي كان لا يتضمن هذا الشرط ، وبالتالي اشتمل سلك القضاء في الجنوب على (قاضيات) تمسك الحزب الاشتراكي أثناء دمج مؤسسات الدولة باستمرار عملهن في سلك القضاء، وبالتالي فأول شرط تم حذفه في قانون السلطة القضائية لدولة الوحدة هو شرط الذكورة ، الأمر الذي يعني صراحة إمكانية دخول سلك القضاء المؤهلات قانوناً من النساء، ومع ذلك فقد تم التحايل على هذه الإمكانية بإغلاق المعهد العالي للقضاء في وجه المتقدمات لسنوات عدة بحجة اشتراط لائحة المعهد (الذكورة) فيمن يلتحق به ،مع أن اللائحة مخالفة لقانون السلطة القضائية ،واستمرت هذه المخالفة سنوات عدة إلى أن تم السماح للطالبات مؤخرا بالدراسة في المعهد العلي للقضاء، كما تم الاستفادة العملية خلال الحركة القضائية الأخيرة من القاضيات المعينات سابقا في الجنوب وتعيينهن في مواقع عدة، والمتوقع مستقبلاً أن تصل المرأة إلى المحكمة العليا خلال الحركات القضائية القادمة[1].

أما باقي الشروط المنصوص عليها في صلب الوثيقة القانونية فيتمثل أهمها في أن يكون المعين (متمتعا بجنسية الجمهورية اليمنية خالياً من العاهات، وأن لا يقل سنه عن ثلاثين عاماً مع مضي فترة تدريبية لا تقل عن سنتين وأن يكون حائزاً على شهادة المعهد العالي للقضاء بعد الشهادة الجامعية في الشريعة والقانون أو في الحقوق من إحدى الجامعات المعترف بها وأن يكون محمود

---

(1) مؤخرا تم تعيين بعض القاضيات بالمحكمة العليا ولكن ليس من بينهن من يعملن في الدائرة الدستورية لأن الاخيرة مشكلة من رؤساء بعض الدوائر وليس من بين القاضيات من يرأس أي دائرة . .

السيرة والسلوك حسن السمعة، وأن لا يكون قد حكم عليه في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، وإذا كان المعين موظفاً بالنيابة العامة فيعفى من شرط الحصول على مؤهل المعهد العالي للقضاء) [1].

هذه الشروط العامة فيمن يعين ابتداءً في وظائف السلطة القضائية ،أما من يعين في المحكمة العليا فنص المادة (٥٩) واضح في جواز تعيينهم من بين قضاة المحكمة العليا السابقين والمحاكم الاستئنافية (أو من العاملين في النيابة أو التدريس الجامعي أو المحاماة)[2] وإن كانت هذه الفقرة تتحدث عن تشكيل المحكمة العليا لأول مرة إلا أنها تبيح لرئيس الجمهورية أن يختار من بين أساتذة الجامعة [3] أو النيابة أو المحامين أعضاء للمحكمة العليا ولو لأول مرة في أي تشكيل قادم ،غاية الأمر أن يصدر قرار جمهوري بتعيين المرشح في سلك القضاء بداية ثم يعقبه صدور قرار جمهوري بتعيينه في المحكمة العليا ،الأمر الذي يجعل خيارات اختيار السلطة التنفيذية لأعضاء المحكمة العليا واسعة ويمكنها من اختيار أفضل العناصر المؤهلة قانوناً.

وبهذا نستبعد أن يستبعد شرط التأهيل العلمي القانوني في كل الترشيحات وأن يكون جميع أعضاء المحكمة العليا مؤهلين تأهيلاً علمياً شرعياً أو قانونياً أو كلاهما معاً.

ونخلص مما سبق أن سلطة رئيس الجمهورية في اختيار وتعيين أعضاء المحكمة العليا مقيدة باختيار المؤهلين تأهيلاً علمياً قانونياً أو في مجال الشريعة والقانون.

ونأتي هنا للحديث عن المركز القانوني لأعضاء المحكمة العليا في المطلب الثاني.

---

(1) يراجع نص المادة ٥٧ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١م بشأن السلطة القضائية.

(2) المادة ٥٩ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

(3) ورد النص القانوني مطلقاً فيما يتعلق بشرط (التدريس الجامعي) ولم يحدده في مجال الشريعة والقانون أو الحقوق ، الأمر الذي يعني جواز تعيين أي أستاذ جامعي ولو من أي كلية وهذا عيب في الصياغة لأن هذا الاحتمال مستبعد في الواقع العملي. ويمكن تقييده بالعاملين بالتدريس الجامعي في مجال الحقوق أو الشريعة والقانون دون غيرهم.

المطلب الثاني

المركز القانوني لأعضاء المحكمة العليا

يقصد بالمركز القانوني لقضاة المحكمة "ما لهم من ضمانات وحصانات وما ألزمهم به المشرع من واجبات"[١] وقد نصت الدساتير المتعاقبة على جانب من هذه الضمانات وترك لقانون السلطة القضائية تفصيل الضمانات والحصانات والواجبات الأخرى، فقد نص دستور دولة الوحدة على أن "القضاة وأعضاء النيابة غير قابلين للعزل إلا في الحالات وبالشروط التي يحددها القانون ولا يجوز نقلهم من السلك القضائي إلى أي وظائف غير قضائية إلا برضاهم وبموافقة المجلس المختص بشئونهم..."[٢]، كما أكد الدستور أن "القضاء سلطة مستقلة في أداء مهامه والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية جهة وبأية صورة التدخل في القضايا أو في شأن من شئون العدالة ،ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون ولاتسقط الدعوى فيها بالتقادم"[٣] وهو ما أكدته التعديلات الدستورية المتتابعة عام ١٩٩٤م وعام٢٠٠١ [٤].

والتعديل الأخير أكد استقلال سلطة القضاء مالياً وإدارياً وكذا النيابة العامة باعتبارها هيئة من هيئات السلطة القضائية [٥]، أما بالنسبة لقانون السلطة القضائية فقد تولى الفصل الثالث بيان حقوق وواجبات القضاة بدءاً من المادة ٦٧ إلى المادة ٨٥ وتولى الفصل الرابع بيان حصانات القضاة من المادة ٨٦ إلى المادة ٩١ وخصص الفصل الثاني لأحكام نقل وندب القضاة، ومن هذه الأحكام تبين أن هذا المركز القانوني له جانبان : جانب الحقوق والضمانات، وجانب الواجبات، والتي نأتي لبيانها باختصار على النحو التالي:-

---

(١) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص١٣٩.

(٢) دستور دولة الوحدة المستفتى عليه عام ١٩٩١م المادة ١٢٢.

(٣) المادة ١٢٠ من دستور ١٩٩١م.

(٤) يراجع المادة ١٤٧ والمادة ١٤٩من التعديل الدستوري عام ١٩٩٤م ، وكذا المادة ١٤٩ والمادة ١٥١ من التعديل الدستوري عام ٢٠٠١ م .

(٥) المادة ١٤٩ التعديل الدستوري عام ٢٠٠١م وهو الدستور الحالي .

أولاً: حقوق وضمانات أعضاء المحكمة العليا:

من أهم الضمانات التي أشارت اليها الوثائق القانونية ما يلي :

١- عدم القابلية للعزل:

أشار الدستور وقانون السلطة القضائية إلى حقوق منتسبي السلطة القضائية على وجه العموم وليس منها ما يتعلق بأعضاء المحكمة العليا دون غيرهم.

أول هذه الحقوق وأهم الضمانات هو عدم قابلية القضاة للعزل- وهذه حصانة لأعضاء المحكمة العليا وغيرهم من القضاة- وترجع النشأة التاريخية لمبدأ عدم قابلية القضاة للعزل في فرنسا إلى عهد الملك لويس الحادي عشر الذي كان يبيع مناصب القضاء، فلقد كان منصب القضاء حقاً لمن يشتريه ثم لورثته من بعده ومن ثم فليس لأحد أن يعزله عنه (١).

وقد تطور مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل من كونه استحقاقاً للقاضي إلى النظر إليه من زاوية استقلال القضاء عن سلطة التعيين حتى يتمكن القاضي من الفصل في جميع الخصومات بحسب القانون ولو في مواجهة سلطة التعيين.

ولكن هذه الحصانة وعدم القابلية للعزل هل تستمر في كل الظروف بغض النظر عن التزام القاضي بالقانون ولو طوال عمره؟

في الولايات المتحدة الأمريكية عرفنا أن القاضي الفدرالي يستمر في عمله دون قابليته للعزل طوال عمره وإلى أرذل العمر، أما سائر الأنظمة الأخرى فتنظم أولاً حداً لاستمرار القاضي في عمله بتنظيم مواعيد التقاعد القانونية

---

(١) انظر في بيع وشراء وظايف القضاء:

La venalite des offices judiciaries:

- *Rousselet (Marcel): La magistrature sous la monarchie de juillet, ed. Sirey, paris, 1937, p. 46 ets.*
- *Raynal (Jeen): Histoire jes institutions Judiciaires, ed, armand colin, paris, 1964, p.94 et.s.*
- *Mousnier (R.): La venalite des offices sous heri iv et louis XIII, reedition, paris. 1971, p.27 ets.*

والإحالة للمعاش ، وكذا تنظم سائر الأنظمة القواعد العامة التي تكفل الزام القاضي بالقانون وعدم مخالفته له، وفي حالة تحقق المخالفة يتم اتخاذ الإجراءات الكفيلة بوقف القاضي عن عمله، وفي قانون السلطة القضائية في اليمن إذا نسب إلى أحد أعضاء المحكمة أمر من شأنه المساس بالثقة أو الاعتبار أو الإخلال الجسيم بواجبات أو مقتضيات العمل القضائي يفرق بين المخالفات والجرائم المرتبطة بمزاولة المهنة مثل جريمة الرشوة والتحيز لأحد الخصوم أو انكار العدالة وتأخير البت في القضايا وإفشاء سر المداولة، وبين الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات العامة والمتعلقة بالاعتداء على الآخرين أو الحقوق العامة والاختلاس والسرقة والقتل، الأخيرة (لا يجوز القبض على القاضي في غير حال التلبس أو حبسه احتياطياً إلا بعد الحصول على إذن مجلس القضاء الأعلى، ويجب على وزير العدل عند القبض على القاضي في حالة التلبس أو حبسه أن يرفع فوراً إلى رئيس مجلس القضاء الأعلى ليأذن باستمرار حبسه أو يأمر بإخلاء سبيله بضمان أو بغير ضمان)[1]. (ولا يجوز رفع الدعوى الجزائية على القضاة إلا بإذن من مجلس القضاء الأعلى بناءً على طلبُ النائب العام)[2].

أما فيما يتعلق بمخالفات القضاة عموماً وتأديبهم عليها (فيختص مجلس القضاء وحده بتأديب القضاة وأعضاء النيابة العامة عند اخلالهم بواجبات وظيفتهم، وللمجلس أن يحيل محاسبتهم على مجلس محاسبة يتكون من ثلاثة أعضاء من المجلس أو من ثلاثة من القضاة)[3].

(وتقيم هيئة التفتيش القضائي الدعوى التأديبية بناءً على طلب وزير العدل وموافقة مجلس القضاء الأعلى)[4]، (ولا يقدم طلب الدعوى التأديبية إلا بناءً على تحقيق أولي تتولاه هيئة التفتيش القضائي ويشترط أن يكون المحقق أعلى درجة من القاضي الذي جرى التحقيق معه)[5].

([1]) المادة ٨٧ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١م بشأن السلطة القضائية.

([2]) المادة ٨٨ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١م بشأن السلطة القضائية.

([3]) المادة ١١١ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م الفقرة رقم ١.

([4]) المادة ١١١ الفقرة رقم ٢.من قانون السلطة القضائية .

([5]) المادة ١١١ الفقرة رقم ٣.من قانون السلطة القضائية .

وبهذا يتبين أن هيئة التحقيق هي هيئة الإدعاء وهي هيئة التفتيش القضائي التابعة لوزارة العدل ولوزير العدل ذاته، ولذا تجب موافقته على إقامة الادعاء ولو بعد ثبوت المخالفة أثناء التحقيق.

كما لم تتطرق النصوص لمعالجة فرض وقوع المخالفة من أعضاء المحكمة العليا، فإذا كان المخالف من أعضاء المحاكم الابتدائية فاللازم أن تكون لجنة التحقيق من أعضاء الاستئناف على الأقل، وكذا إذا كانت المخالفة من عضو بدرجة الاستئناف فاللجنة يجب أن تكون من أعضاء المحكمة العليا بحسب نص القانون.

فكيف الحال إذا كانت المخالفة من عضو المحكمة العليا ،والنص القانوني صريح في وجوب أن يكون (المحقق أعلى درجة من القاضي الذي جرى التحقيق معه)؟؟

حكم القانون خال من معالجة هذا الفرض ،والاحتمال أن يكلف مجلس القضاء الأعلى من بين أعضاء المحكمة العليا أنفسهم لجنة للتحقيق مع العضو المنسوب له المخالفة.

وإذا قرر المجلس الأعلى للقضاء (السير في إجراءات المحاكمة عليه إيقاف القاضي عن مباشرة أعمال وظيفته)[١] أو أن يحيله إلى إجازة إجبارية مؤقتة ولا تزيد مدة الإيقاف أو الإجازة عن (ثلاثة أشهر)،[٢] وفي كل الأحوال (لا يترتب على إيقاف القاضي عن عمله حرمانه من مرتبه مدة الإيقاف)[٣].

والعقوبة المنصوص عليها التي يجوز توقيعها على القضاة هي:-

(أ- التنبيه، ب-اللوم، جـ الإنذار، د- الحرمان من العلاوات الدورية، هـ- التوقيف عن العمل أو إعطاءه إجازة جبرية مؤقتة لا تتجاوز (ثلاثة أشهر)، و- تأخير الترقية، ز- النقل إلى وظيفة غير قضائية، ح- العزل مع استحقاق المعاش أو المكافأة)[٤].

---

(1) المادة ١١٢ من قانون السلطة القضائية.

(2) المادة ١١٢ من قانون السلطة القضائية.

(3) المادة ١١٨ الفقرة ٢ من قانون السلطة القضائية.

(4) المادة ١١٥ من قانون السلطة القضائية.

وإذا كان التنبيه يمكن أن يصدر من وزير العدل دون حكم سابق من لجنة الحكم على القاضي باعتبار أن (لوزير العدل تنبيه القضاة كتابة إلى كل ما يقع منهم من مخالفات لواجباتهم حول مقتضيات وظيفتهم)،[1] إلا أن الحكم بالعزل هو الذي يجعل من المبدأ المنصوص عليه في الدساتير المتعاقبة والمتعلق بعدم قابلية القضاة للعزل أمراً منظماً ومقرراً لمبدأ عزل القضاة ولو بطريق قانوني ،خاصة إذا ما علمنا بأن هيئة التفتيش خاضعة لجهة الإدارة (وزارة العدل تحديداً) ولوزير العدل على وجه الخصوص ،والأخير جزء من الحكومة التي ترسم السياسة العامة وجزء هام من السلطة التنفيذية، بل إن هيئة التفتيش القضائي خاضعة ومنبثقة من جهة الإدارة (الحكومة تحديداً).

ولا يمكن القول بعدم دستورية هذه العقوبة اعتماداً على أن الدساتير المتعاقبة قد نصت على مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل، وذلك لأن المبدأ المذكور قد نص عليه الدستور بما يسمح بإقرار العزل (في الحالات وبالشروط التي يحددها القانون)، وبالتالي فما جاء في الدستور ليس مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل وإنما تأكيد مبدأ قابلية القضاة للعزل في (الحالات وبالشروط التي يحددها القانون)، والقانون هنا استمد مشروعية إقرار العقوبة من الدستور ذاته، فقد جاء نص الدستور على أن (القضاة وأعضاء النيابة العامة غير قابلين للعزل إلا في الحالات وبالشروط التي يحددها القانون ولا يجوز نقلهم من السلك القضائي إلى أي وظائف غير قضائية إلا برضاهم)[2].

وهنا القانون أقر مبدأ العقوبة بالعزل استناداً لنص الدستور إلا أن العقوبة المتعلقة (بنقل القاضي إلى وظيفة غير قضائية) إذا لم تكن برضى القاضي فستكون بلا شك غير دستورية لمخالفتها الصريحة لنص الدستور.

أما إذا كان (نقل القاضي برضاه) فستخرج من دائرة العقوبات وسيكون من المستغرب جداً أن تقرر لجنة الحكم على القاضي بثبوت الجرم ومخالفته للقانون وعدم مراعاته لمقتضيات وظيفته القضائية وإخلاله الجسيم بواجباته وتقرر في ذات الوقت نقله إلى عمل آخر.

---

(1) المادة ٩١ من قانون السلطة القضائية.

(2) المادة ١٥١ من الدستور الحالي ٢٠٠١م.

فهذا المخالف للقانون والمخل بالثقة في وظيفة القضاء التي من أول واجباتها حماية القانون واحترامه وإلزام الآخرين به، كيف يمكن أن يقرر نقله بجرمه إلى عمل آخر ونعتبر ذلك عقوبة له؟

ونخلص مما سبق أن عزل القضاة عموماً أمر مقرر قانوناً وإن كانت الجهة التي تملك سلطة العزل ليست الجهة التي تملك سلطة التعيين إلا أنها في الأخير منبثقة عنها وقد سبق الإشارة إلى أن مجلس القضاء الأعلى برمته معين من قبل رئيس الجمهورية ، والأخير هو من يملك سلطة تعيين أعضاء المحكمة العليا وسائر المناصب القضائية.

كما نخلص إلى أن العزل وسائر العقوبات تسري في حق أعضاء المحكمة العليا كما تسري على سائر القضاة في مختلف درجات التقاضي ، ولا توجد أي خصوصية يتميز بها قضاة المحكمة العليا سواء في الإجراءات أو الخضوع لنفس جهات التحقيق والحكم بالإدانة وتقرير العقوبة، وكان على المشرع أن يميز بين أعضاء المحكمة العليا ومن دونهم اعتماداً على أن من وصل إلى هذا المنصب (إما أنه جدير بالثقة للبقاء في منصبه وعندئذ يتعين الحكم ببراءته، وإما أن هذه الثقة قد أصابها ما يشينها وهنا لا مجال لبقاء القاضي على هذه المنصة العالية ويتعين إحالته إلى التقاعد الإجباري)[1]، ولا يتعين ولا يجوز أن يصدر الحكم بفصله أو عزله، كما كان على المشرع أن يجعل من هيئة التحقيق المكلفة بالتحقيق مع عضو المحكمة العليا وهيئة الحكم عليه أكثر حيادية ومستقلة عن السلطة التنفيذية، وكذا كان يجب أن تفرد أحكام خاصة بتأديب ومحاسبة أعضاء المحكمة العليا وهو ما لم يتطرق إليه المشرع اليمني، كما لم يحم المشرع اليمني قاضي المحكمة العليا من تدخل سلطة التعيين فيما يتعلق بمحاسبته وبقائه مستقلاً عن أي تدخل أو فيما يتعلق باستمرار عمله دون التهديد بنقله إلى عمل آخر من حين لآخر بحسب إرادة السلطة التنفيذية.

٢- عدم الصلاحية والرد والمخاصمة:

تسري في شأن عدم صلاحية عضو المحكمة العليا وتنحيته ورده الأحكام المقررة بالنسبة لباقي أعضاء السلك القضائي وأعضاء النيابة ،ولم يتطرق قانون السلطة القضائية لبيان أحكام التنحي والرد ،بل يرجع في ذلك لأحكام قانون

---

(١) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١٤٠.

المرافعات المدني، وقد حدد قانون المرافعات حالات التنحي الوجوبي والمتمثلة بعدم الصلاحية لنظر الدعوى فـ(يكون القاضي أو عضو النيابة ممنوعاً من نظر الدعوى ويجب عليه التنحي عن نظرها من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم ذلك في الأحوال الآتية:-

(أ - إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة.

ب - إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أولاده أو أحد أبويه خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو زوجته أو أحد أولاده أو أحد أبويه.

جـ - إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو ممثلاً قانونياً له أو مظنوناً وراثته له أو كانت له صلة قرابة ومصاهرة للدرجة الرابعة بالممثل القانوني له، ويأخذ أعضاء مجلس إدارة الشركة المخاصمة أو بأحد مديريها أو كان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى.

د - إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه ممثلاً قانونياً له مصلحة في الدعوى القائمة.

هـ - إذا كان قد أفتى في الدعوى أو ترافع فيها عن أحد الخصوم أو كتب فيها ولو كان قبل إشتغاله بالقضاء ،أو كان قد سبق له نظرها قاضياً وحكم فيها في درجة أدنى ،أو نظرها خبيراً أو محكماً وأبدى رأيه فيها ،أو أدى شهادة فيها قبل عمله بالقضاء)[1].

هذه هي الأسباب التي إذا وجدت جعلت القاضي أياً كانت درجته أو درجة محكمته غير صالح لنظر الدعوى، وإذا تحقق أي سبب من هذه الأسباب وجب على القاضي التنحي من تلقاء نفسه.

والسؤال المطروح إذا تحقق سبب من هذه الأسباب ولم يتنح القاضي عن نظر الدعوى فما الحكم اللازم إتباعه؟

يجيب القانون بصريح العبارة أنه (يقع باطلاً عمل القاضي أو عضو النيابة في الأحوال المبينة في المادة السابقة)[2] حتى لو اتفق الخصوم على غير ذلك ، وحتى لو اتفقوا على قبول الحكم[3].

([1]) المادة ٩٨ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني، رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م.

([2]) المادة ٩٩من قانون المرافعات والتنفيذ المدني، رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م.

([3]) أ.د. يحى الجمل، مرجع سابق، ص١٤٢.

ولما كانت المحكمة العليا مكونة من عدة دوائر منها الدائرة الدستورية ،فإذا قدم (طلب رد أحد قضاة المحكمة العليا حكمت في هذا الطلب دائرة غير الدائرة التي يكون هذا القاضي عضواً فيها، ولا يقبل رد جميع قضاة المحكمة العليا أو بعضهم بحيث لا يتبقى من عددهم ما يكفي للحكم في طلب الرد أو في موضوع الدعوى عند قبول طلب الرد)[١].

وقد بين قانون المرافعات حالات رد القضاة أو عضو النيابة وذلك إذا تحققت الأسباب الآتية:-

(أ- إذا حدث له أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم في الدعوى أو زوجته بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي ما لم تكون قد أقيمت بقصد منعه من نظر الدعوى.

ب - إذا كان لمطلقته التي له منها ولدٌ أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد منعه من نظرها.

جـ - إذا كان أحد الخصوم خادماً له.

د - إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل)[٢].

٣- مرتبات أعضاء المحكمة:

تفردت السلطة التشريعية في تحديد مرتبات أعضائها وذلك بإصدار قانون بشأن استحقاقاتهم في حين تحدد مرتبات أعضاء السلطة القضائية بقانون يصدر من السلطة التشريعية، وقد فوض القانون رئيس الوزراء (بمنح بدلات أخرى لأعضاء السلطة القضائية غير ما ورد بالقانون)[٣].

([1]) المادة ١٠٥ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م.

([2]) المادة ١٠٠ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م.

([3]) تنص المادة ٦٧ من قانون السلطة القضائية على أن "تحدد المرتبات والبدلات لأعضاء السلطة القضائية وفقاً للجدول الملحق بهذا القانون ويجوز بقرار من رئيس الوزراء بناءً على عرض وزير العدل منح بدلات أخرى لأعضاء السلطة القضائية غير ماورد بهذا القانون".

وبالنظر إلى الجدول (*) المحدد لمرتبات وعلاوات أعضاء المحكمة العليا نجده قد ميز رئيس المحكمة العليا والنائب العام عن سائر أعضاء المحكمة العليا ونواب رئيس المحكمة، وقد كان مرتب رئيس المحكمة العليا في عام ١٩٩١م (١٠٥٠٠ ريال) بما يعادل حينها (١٠٥٠ دولار أمريكي) شهرياً ،وقد تم تعديل المرتبات مطلع العام ٢٠٠٠م بقانون جعل مرتب رئيس المحكمة العليا (٢٤٠٠٠٠ ريال) وهي زيادة نظرية إذا ما علمنا أن قيمة الريال قد انخفضت كثيراً خلال سنوات الوحدة اليمنية حتى بلغ الدولار (٢٠٠ ريال) وقد حاولت الحكومة تثبيت سعر الريال مقابل الدولار بهذه القيمة إلى تاريخنا، وبالرغم من الغلاء العالمي للأسعار الذي ينسب إليه كل غلاء لم تزد مرتبات القضاة لمواجهة هذا الغلاء المتزايد ،الأمر الذي يجعل قاضي المحكمة العليا في حالة عوز وحاجة دائمة ومرتباتهم لا تكاد تقارن بمرتبات سائر القضاة في الدول المجاورة أو الولايات المتحدة الأمريكية والتي سبق الإشارة إليها ولا تقارن حتى باستحقاقات السلك الدبلوماسي مع كثرتهم وقلة أعضاء المحكمة العليا، ولا تقارن بمرتبات أعضاء مجلس النواب، الأمر الذي يدعو المشرع للنظر في استحقاقات أعضاء

(*) ١- جدول الوظائف والمرتبات والعلاوات والبدلات لأعضاء المحكمة العليا الصادر عام ١٩٩١م:-

الوظيفة	المرتب الأساسي		العلاوة	بدل قضاء	بدل مظهر	مايعادله بقيمة الدولار حينها
	بداية المربوط	نهاية المربوط				
رئيس المحكمة العليا والنائب العام	١٠٥٠٠	-	-	٥٠٠٠	٢٠٠٠	١٠٥٠
نائب رئيس المحكمة العليا	٨٩٠٠	١٠١٠٠	٣٠٠	٤٠٠٠	٢٠٠٠	٨٩٠
قاضي المحكمة العليا	٨٩٠٠	١٠١٠٠	٣٠٠	٢٥٠٠	٢٠٠٠	قيمة الدولار عام١٩٩١م=١٠ريال

٢- جدول الوظائف والمرتبات وفقاً للقانون عام ٢٠٠٠ وإلى تاريخ تحرير هذه الرسالة:-

الوظيفة	المرتب الأساسي		العلاوة	بدل قضاء	بدل مظهر	مايعادله بقيمة الدولار حينها
	بداية المربوط	نهاية المربوط				
رئيس المحكمة العليا والنائب العام	٢٤٠٠٠٠	-	٥٠٠٠	-	-	١٢٠٠
نائب رئيس المحكمة العليا	٢٢٠٠٠٠	٢٢٥٠٠٠	٥٠٠٠	-	-	١١٠٠
قاضي المحكمة العليا	٢٠٠٠٠٠	٢١٥٠٠٠	٥٠٠٠	-	-	١٠٠٠ قيمة الدولار = ٢٠٠ريال

علماً أن سعر الدولار بالريال اليمني كان إلى عام ١٩٨٥م يساوي ٤,٥ ريال لكل دولاروسعر الدولار بتاريخ تحرير الرسالة ٢٠٠ ريال للدولار.

المحكمة العليا بما يواجه غلاء الأسعار والتكاليف المتطلبة منه لنفسه ولمن يعول ، خاصة في ظل غياب الضمان الصحي له ولمن يعول ،وكذا عدم وجود أي امتياز لأولادهم فيما يتعلق بالدراسات الجامعية أو التوظيف.

كما يمكن تعديل مرتبات واستحقاقات أعضاء السلك القضائي بالزيادة عموماً وأعضاء المحكمة العليا تحديداً من خلال إصدار قرار من مجلس الوزراء، حيث فوض القانون مجلس الوزراء (تعديل هذا الجدول وفقاً لما تقتضيه الضرورة لتحسين معيشة الموظفين العموميين)(١).

وقد جعل القانون إقرار هذه الزيادة بقرار من الحكومة لتظل حاجة القضاة الى السلطة التنفيذية قائمة وكان بالإمكان أن يجعلها القانون بيد مجلس القضاء الأعلى ليحقق الإستقلال المالي والاداري المنصوص عليه في صلب الوثائق الدستورية .

٤- النُدب والإعارة:

(لا يجوز نقل القضاة أو ندبهم إلا في الأحوال المبيّنة في القانون)(٢)، (ويجوز بقرار جمهوري بناءً على عرض وزير العدل وموافقة مجلس القضاء الأعلى ندب القضاة لشغل وظائف غير قضائية بموافقتهم ويحتفظ لهم بكافة الامتيازات)(٣).

وبهذا أجاز قانون السلطة القضائية مبدأ ندب القضاة لعمل غير قضائي - أياً كان - برضاهم وهو الأمر الذي يخالف قانون المحكمة الدستورية العليا بمصر حيث (لا يجوز ندب أو إعارة أعضاء المحكمة إلا للأعمال القانونية بالهيئات الدولية، أو الدول الأجنبية أو للقيام بمهام علمية)، (وبهذا النص بالغ الأهمية يمنع إعارة أعضاء المحكمة إلى الجهات الحكومية في جمهورية مصر العربية سواء في ذلك الوزارات أو الهيئات أو المؤسسات)(٤). ومع ذلك يؤكد جانب من الفقه(٥)

---

(1) المادة ٦٧ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

(2) المادة ٦٥ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

(3) المادة ٦٦ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

(4) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١٤٤.

(5) أ.د.ثروت بدوي ،مقالة بصحيفة المصري اليوم ،العدد،١٢٦٩،السنة الرابعة ،تاريخ ٢٠٠٧/١٢/٤، م ص١ .

أن السلطة القضائية مخترقة بنصوص عديدة في القوانين ومنها قانون السلطة القضائية الذي يعطي وزير العدل ورئيس الجمهورية سلطات رهيبة في التعيينات والترقيات والإعارات والانتداب والرعاية الصحية وندب أفراد من السلطة القضائية للعمل في السلطة التنفيذية مع احتفاظهم بصفتهم ،وكل هذا يعتبر اختراقا للسلطة القضائية كما ان جميع المبادئ القانونية ترفض ذلك وتعتبره نوعا من التدخل الذي لا يمكن ان يحقق العدالة ويؤكد أنه لا يجوز ندب رجال القضاء في أي عمل تنفيذي سواء بعض أو كل الوقت ، وإذا ما ارادت الجهات التنفيذية الإستعانة بخبرات قضائية وتعيينهم في السلطة التنفيذية على القضاة أن يتخلوا عن مقاعدهم في السلطة القضاينة لأن الجمع بين السلطتين ـ او التنقل بينهما ـ فيه إهدار للعدالة .

٥- التقاعد:

تسري الأحكام الخاضعة بتقاعد أعضاء السلك القضائي عموما على أعضاء المحكمة العليا دون استثناء ،وسن التقاعد الذي حدده قانون السلطة القضائية لجميع أعضاء السلطة القضائية هو بلوغ القاضي سن (خمسة وستين سنة)[١].

ونرى أن هذا السن مبكر جدا ويحرم القضاء من كفاءات وخبرات من الصعب تعويضها ومن العبث التفريط بها، وبالتالي تحرم البلاد من كفاءات علمية وخبرات لا يمكن تعويضها .

ولم يجز القانون لأي من السلطات استثناء أي قاضي من هذا التقاعد في هذا العمر، بالرغم من أن رؤساء المحكمة العليا السابقين قد أمضوا فترات طويلة.

وفي جمهورية مصر العربية كانت سن الإحالة لتقاعد مستشاري محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا ستين عاما وتم رفعها إلى أربعة وستين ،وما تزال منخفضة ،ويطالب جانب من الفقه [٢] بإعادة النظر فيها ورفعها من أجل الاستفادة من الخبرات العلمية المتواجدة في محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا.

---

(1) المادة ٧٥ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

(2) أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١٤٥.

وقد أشار القانون إلى جملة الحقوق التي يتمتع بها كل قاض من إجازات وعطل قضائية تصل إلى شهرين في السنة (١) والمكافأت والمعاش وحق تقديم الاستقالة ،وتنظمها أحكام الجهاز الإداري للدولة (٢).

ثانياً: الواجبات:

نص القانون على اوجبات القضاة ومن أهمها:-

١- أداء اليمين القانونية:

أول ما يجب على القاضي قبل مباشرة أعماله أن يحلف اليمين المنصوص عليها في القانون ،(٣) (ويحلف رئيس وقضاة المحكمة العليا والنائب العام أمام- رئيس مجلس الرئاسة (رئيس الجمهورية حاليا)- بحضور وزير العدل، أما باقي القضاة فيحلفون أمام رئيس المحكمة العليا بحضور رئيس وأعضاء إحدى دوائرها، كما يؤدي أعضاء النيابة العامة الآخرون اليمين أمام وزير العدل بحضور النائب العام)(٤).

وقد جاء أداء اليمين أمام سلطة التعيين متسقاً مع أحكام تعيين القضاة من قبل رئيس السلطة التنفيذية.

---

(1) المادة ٧٣ من قانون السلطة القضائية، وأهم ما يميز نظام إجازات القضاة في اليمن عن مصر أن للقضاة عطلة قضائية سنوية شهران يكون شهر رمضان المبارك أحدهما، ويحدد الشهر الآخر بقرار من وزير العدل .

(2) المادة ٧٦ من قانون السلطة القضائية.

(3) ونص اليمين القانونية جاء في الفقرة (أ) من المادة (٨٥) من قانون السلطة القضائية وهي:- (أقسم بالله العظيم أن أكون متمسكاً بكتاب الله وسنة رسوله وأن احترم الدستور والقانون، وأن أحكم بين الناس بالعدل وأن أحرص على شرف القضاء وعلى مصالح الشعب وأتصرف في كل أعمالي وفقاً لما تقتضيه واجبات القاضي، والله على ما أقول شهيد).

(4) الفقرة (ب) من المادة (٨٥) من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١.

ومع أن هذا الواجب هو أول الواجبات الملقاة على عاتق كل قاضي ، إلا أن القانون قد ذكر هذا الواجب في المادة الأخيرة من حقوق وواجبات القضاة في الفصل الثالث.

٢- تقديم كشف بالذمة المالية:

نظراً لارتباط عمل القاضي بحقوق وأعراض الناس وأموالهم فالشبهة قائمة في استغلال حاجة المتقاضين وبالتالي إلى دفعهم أموالاً طائلة بوعد الحكم لهم بما يستحقون و ما لا يستحقون من حقوق الآخرين، ولذا جاء في أحكام قانون السلطة القضائية على أن "كل من يتولى وظيفة من وظائف السلطة القضائية يجب عليه قبل مباشرته لأعماله أن يقدم كشفاً بما يملكه من مال وعقار ويراجع من قبل جهة الاختصاص في مجلس القضاء الأعلى بصورة سنوية)[١].

وهذا النص الواجب ملقى على عاتق كل قاض وكذا موظفي وأعوان السلطة القضائية وهم من حددهم قانون السلطة القضائية بأن أعوان (القضاة هم المحامون والخبراء والكتاب والمحضرون والمترجمون) [٢].

٣- واجب التفرغ لأداء مهام القضاء:

(يحظر على القضاة مزاولة التجارة، ولا يجوز الجمع بين وظيفة القضاء وأي وظيفة أخرى أو أي عمل لا يتفق مع واجبات القاضي واستقلال وكرامة القضاة)[٣].

كان من اللازم على المشرع القانوني أن ينص على مبدأ التفرغ للعمل القضائي دون تعداد المحظورات خاصة وأن مزاولة مهنة التجارة على سبيل المثال قد تغيرت في الوقت المعاصر، فلم يعد التاجر يقدم خدمة بنفسه على مستوى المحل أو البلدة ،فالتجارة تطورت وقدمت خدمات بواسطة معاونين وليس بواسطة مالك التجارة ،مثل الاستثمار في الاتصالات والمحلات الكبرى، لأن

---

(١) المادة ٨٢ من قانون السلطة القضائية.

(٢) المادة ١٢١ من قانون السلطة القضائية.

(٣) المادة ٨١ من قانون السلطة القضائية.

إعمال هذا الشرط على علاته معناه عدم اختيار القضاة من طبقة التجار، وهو أمر غير منطقي وغالباً ما يتم التحايل على هذا الحظر.

وتعني قلة دخل مرتبات القضاة مع هذا الحظر محاصرتهم اقتصادياً ودفع غير الملتزمين منهم إلى نهب حقوق الأفراد والمتقاضين، وهو ما يحرص القانون على محاربته والحد منه.

٤- حظر إفشاء سر المداولة:

ذكرنا الواجبات التي على عاتق القضاة قبل مباشرة أعمالهم وأثناء ذلك، وأهمها ما يتعلق بالعمل القضائي (فيحظر على القضاة إفشاء سر المداولة)[1].

وهذا الواجب على عاتق قضاة المحكمة العليا وغيرهم بما فيهم أعضاء الدائرة الدستورية والواقع أن منع الإدلاء حتى بالرأي المخالف لاتجاه المحكمة فيه نظر، لمصادرته اجتهاد القاضي خاصة إذا ما علمنا بأن المشرع القانوني اليمني لا يعتد ولا يدفع للاجتهاد في الرأي ، فالأحكام تصدر بأغلبية الحاضرين والمخالف لرأي الأغلبية لايدون رأيه.

وبالتالي علينا أن نفرق بين إفشاء سر المداولة وبين تحفظ القاضي واحتفاظه برأي مخالف والسماح له بنشره ،خاصة في الدائرة الدستورية لأن في هذا رقابة على اتجاهات الدائرة وإثراء للاجتهاد المطلوب منها.

وبهذا ننهي الحديث عن أهم حقوق وواجبات القضاة ومنهم أعضاء المحكمة العليا ،ونأتي لبيان أحكام تشكيل الدائرة الدستورية والتي تعتبر إحدى دوائر المحكمة العليا والتي أناط الدستور إليها الفصل في دستورية القوانين، وخصها القانون بذلك دون سائر الدوائر بالمحكمة العليا.

---

(1) المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية.

المبحث الثالث

تشكيل الدائرة الدستورية

أخذ المشرع الدستوري لدولة الوحدة اليمنية بمبدأ وحدة القضاءة فأوكل إلى المحكمة العليا الفصل في جميع الطعون في الأحكام النهائية المدنية والجنائية والتجارية والعسكرية وأوكل إليها إضافة إلى ذلك الفصل ابتداءً بدستورية القوانين.

ووجود محكمة عليا مختصة بنظر جميع القضايا لم تكن بدعة ابتدعها المشرع اليمني وتميز بها فقد أخذها من نظم قانونية عدة أهمها النظام القانوني السوداني (١)، حيث كان للعناصر السودانية القضائية دورٌ ومشاركة سواء في الجنوب سابقاً أو في الشمال في السبعينيات من القرن المنصرم- و تم الاستعانة بهم في محاكم عدة وخاصة المحاكم التجارية (٢).

وإذا كان مبرر المشرع السوداني في الأخذ بمبدأ وحدة القضاء وعدم وجود قضاء إداري متخصص أو دستوري مرده التأثر بالنظام البريطاني (الانجلوسكسوني) باعتبار أن السودان كانت مستعمرة من قبل بريطانيا (٣).

---

(1) يراجع في تفاصيل استعانة القضاء اليمني بالقضاء الدستوري فترة التحديث إلى: محمد راشد عبدالمولى، تطور التشريع والقضاء في اليمن، مرجع سابق، ص٦٦.

(2) المرجع السابق، ص٢٠٩.

(3) كان دستور الجمهورية السودان الدائم عام ١٩٧٣م ينص في المادة ١٩٠ منه على إنشاء محكمة على تختص بتفسير النصوص الدستورية والقانونية، والفصل في الطعون الدستورية وجميع الموارد القانونية ،وأول من أخذ بهذا النظام انجلترا ثم بعدها الولايات المتحدة الأمريكية، وتأخذ في عالم اليوم بنظام القضاء الموحد دول أخرى مثل: كندا، استراليا، ألمانيا، نيجريا، ومن الدول العربية ، السودان، العراق، ودولة الإمارات العربية المتحدة، يراجع د.أنور رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٣٣١،كما أخذت ليبيا في ظل قرار مجلس القيادة عام ١٩٦٩م بفكرة إنشاء محكمة عليا تظم خمس دوائر شعبتين منها للتشريع والفتوى ودائرللقضاء الدستوري. محمد راشد، مرجع سابق، ص٢١٨.

فإن دافع المشرع الدستوري اليمني بعد الوحدة لم يكن معلناً أو مبرراً خاصة بعد أن عرف المشرع الدستوري اليمني قبل الوحدة مبدأ التخصص القضائي وتحديداً وجود محكمة دستورية عليا- ولو في الشمال- فقط وعلى مستوى الوثيقة الدستورية وحسب، دون التطبيق العملي لوجود مثل هذا القضاء- وإن كان بعض المشتغلين بالقضاء يبرر الأخذ بمبدأ وحدة القضاء (بسبب ندرة العناصر الصالحة لتولي القضاء كما ورد بخطة الإصلاح القضائي وحتى لايتشتت توزيع العناصر الصالحة بين نوعي القضاء العادي والإداري)[1].

وهذا المبرر إذا كان مقبولاً بداية الاصلاحات القضائية إلا أنه غير منطقي بعد مرور عقود من هذه الاصلاحات خاصة إذا ما علمنا بأن الاحالة الى التقاعد في سن مبكرة قد احرم القضاء من خبرات عدة كان يمكن الاستفادة منها في المحكمة العليا.

كما كان يمكن تدارك ذلك بجعل النص الدستوري قابلاً للتطور من خلال تفويضه للمشرع العادي بإنشاء قضاء إداري ودستوري متخصص إذا لزم الأمر وعند الحاجة إلى ذلك، لأن إنشاء قضاء إداري متخصص ودستوري، كذلك أصبح غير ميسور ويتطلب تعديل دستوري.

والتعديلات الدستورية التي تمت - والموعود بها - لاتهتم بتحسين النصوص المتعلقة بالسلطة القضائية والقضاء الدستوري على وجه الخصوص [2].

كانت هذه المقدمة مهمة لايمكن للباحث تجاوزها قبل الحديث عن تشكيل الدائرة الدستورية في المحكمة العليا.

فمن حيث التعيين يسري على أعضاء الدائرة الدستورية نفس الأحكام المقررة بالنسبة لأعضاء المحكمة العليا وقد قسم قانون السلطة القضائية المحكمة العليا إلى ثمان دوائر أولها الدائرة الدستورية و(يتم تشكيل الدوائر في المحكمة

---

(1) محمد راشد عبدالمولى، مرجع سابق، ص١٠٥. وهو قاض عمل رئيساً لهيئة التفتيش فعضواً بالمحكمة العليا.

(2) عدد المواد المتعلقة بالسلطة القضائية في الدستور الحالي عام ٢٠٠١م ست مواد من أصل ١٦٢ مادة، اما السلطة التنفيذية فلها ٤٠ مادة بعضها تصل فقراتها إلى ١٥ فقرة.

العليا بقرار يصدره مجلس القضاء الأعلى بعد التشاور مع وزير العدل ورئيس المحكمة العليا)[١].

والحكم الذي يميز الدائرة الدستورية عن غيرها من الدوائر داخل المحكمة العليا أن هيئة الحكم تتألف (في كل دائرة من دوائر المحكمة العليا من خسمة قضاة عدا الدائرة الدستورية فتؤلف من سبعة قضاة وتصدر الأحكام والقرارات بالأغلبية المطلقة)[٢].

والأصل أن يتم تعيين رؤساء الدوائر في قرار التشكيل ولكن جميع الدوائر تخضع في رئاستها لرئيس المحكمة العليا والذي (يجوز له أن يرأس أي دائرة من دوائرها أو أي هيئة قضائية في أي دائرة من الدوائر) [٣] كما (يجوز لنواب رئيس المحكمة العليا ترؤس أي من دوائر المحكمة عند الحاجة وبتكليف من رئيس المحكمة، مع مراعاة أحكام المادة ١٧[٤]) بحيث إذا حضر رئيس المحكمة أو كلف نائبه برئاسة إحدى الدوائر أو الدائرة الدستورية يجب أن لايزيد عدد الأعضاء في كل دائرة عن خمسة أعضاء وفي الدائرة الدستورية يجب أن لا يزيد عن سبعة أعضاء الأمر الذي يعني تنحي أحد الأعضاء عند رئاسة رئيس المحكمة للدائرة أو نائبه.

وقد خلت الأحكام القانونية المنظمة لبيان حكم النصاب الذي يمكن أن تجتمع به الدائرة حال غياب أحد أعضائها وإن كان القانون قد قرر حكماً عاماً حال غياب أحد رؤساء إحدى الدوائر بأن يرأسها أقدم الأعضاء درجة [٥] وفي هذه الحالة يجب ان لا يقل عدد اعضاء الدائرة عن سبعة ويجب تكليف عضو اخر ليكتمل النصاب القانوني للدائرة .

وقد جرت العادة على أن يكون تشكيل الدائرة الدستورية من رئيس المحكمة العليا- رئيساً لها- ونائباً رئيس المحكمة العليا أعضاء فيها وكذا رؤساء

([1]) المادة ١٦ الفقرة (ب) من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

([2]) المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

([3]) المادة ١٣ من قانون السلطة القضائية الفقرة (ب).

([4]) المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية الفقرة (ب)،والمادة المشار إليها ١٧ المتعلقة بتحديد عدد أعضاء كل دائرة.

([5]) المادة ١٨ من قانون السلطة القضائية رقم (١) سنة ١٩٩١م.

بعض الدوائر الأخرى ومنها رئيس الدائرة الإدارية ورئيس الدائرة المدنية ورئيس الدائرة العسكرية ورئيس دائرة فحص الطعون[١].

وكان يفترض مع تزايد أعباء الدائرة الدستورية في الفصل في الطعون الانتخابية أن يتم تعيين أعضاء للدائرة الدستورية على استقلال ، إلا أن الطعون الانتخابية لاتتم إلا كل ست سنوات بالتزامن مع انتخابات مجلس النواب، وكذا لندرة الطعون المتعلقة بعدم الدستورية- بالرغم من أن الدستور والقانون يسمحا بتقديم الطعن مباشرة من أي مواطن- إلا أن ندرة الطعون⊗ كيل الدائرة من رئيس المحكمة العليا رئيس مجلس القضاء والمعين من قبل رئيس الجمهورية ومن رؤساء الدوائر الأخرى لكي يتم الاستفادة من خبراتهم حال عدم وجود طعون انتخابية ودستورية

ونوصي هنا بتفرغ اعضاء الدائرة الدستورية ورفدها بالعناصر القانونية المؤهلة لتتمكن من أداء واجباتها المنصوص عليها في صلب الوثيقة الدستورية واهمها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والقرارات .

---

(١) أنظر في تشكيل الدائرة الدستورية منذ إنشائها الملحق رقم (١) في هذه الرسالة نقلاً عن الجريدة الرسمية.

⊗ جمل تشكيل ---

المطلب الأول

إختصاصات الدائرة الدستورية

الأصل العام أن الدستور حدد إختصاصات المحكمة العليا في خمس فقرات وفوض القانون في بيان(كيفية تشكيلها وبيان إختصاصاتها والإجراءات التي تتبع أمامها)[١]، وأشار قانون السلطة القضائية إلى إختصاصات المحكمة العليا في ثمان فقرات منها (أية مهام أخرى بمقتضى قانون)[٢] الأمر الذي يعني أن ما نص عليه الدستور من إختصاصات ليس على سبيل الحصر ولا كذلك ما نص عليه قانون السلطة القضائية، فالمحكمة العليا يمكن أن يسند إليها أي اختصاص بمقتضى قانون- أي قانون آخر- وما ذكر ليس إلا على سبيل المثال لا الحصر، وقد وزع قانون السلطة القضائية الإختصاصات المسندة للمحكمة العليا على الدوائر التي أنشأها القانون وخص الدائرة الدستورية بأن تفصل فيما يلي:-

١- الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات وذلك بطريق الفصل في الطعون التي ترفع إليها بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات سواء عن طريق الدعوى المبتدأة أو الدفع.

٢- الفصل في الطعون الانتخابية.

٣- محاكمة المتهمين من شاغلي وظائف السلطات العليا)[٣].

والسؤال المطروح- في ظل توزيع القانون لإختصاصات المحكمة العليا إلى الدوائر- هل يعتبر هذا الإختصاص النوعي محدداً لولاية كل دائرة بما أوكل إليها من اختصاص بحيث لا يجوز لها أن تفصل فيما لم يوكل إليها القانون من اختصاص؟ أم تظل كل دائرة مختصة بالفصل بما يحال إليها من الطعون ويعتبر التقسيم القانوني من باب تنظيم وتيسير الأعمال للمحكمة العليا وحسب؟

الأصل أن تقسيم المحكمة إلى دوائر من باب تيسير الأعمال (فالدائرة لا تعتبر سوى وحدة صغيرة في المحكمة فلا يطبق عليها قواعد الإختصاص في

---

(1) المادة ١٥٣ من دستور ٢٠٠١م.

(2) الفقرة ٢ من المادة ١٢ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

(3) المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

مواجهة الدوائر الأخرى بذات المحكمة)[1] إلا أن ذلك ممكنا في ظل وجود قضاء متخصص (نوعي).

أما في ظل وجود محكمة عليا تأخذ بمبدأ وحدة القضاء بحيث تختص المحكمة بجميع أنواع المنازعات- فالتقسيم داخل هذه المحكمة إلى دوائر يجعل كل دائرة مختصة نوعياً بالفصل في قضايا محددة قانوناً وتكون بالتالي مختصة نوعياً بما حدده القانون ويطبق عليها قواعد الاختصاص، فالدائرة المدنية مختصة بالفصل في الطعون المتعلقة بالأحكام المدنية وبما أوكل إليها القانون الفصل فيه مثل (الفصل في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء إيجابياً كان أو سلبياً)[2].

والدائرة الإدارية مختصة بالفصل في الطعون المتعلقة بالأحكام والقرارات الإدارية، والدائرة الدستورية مختصة بالفصل في المسائل التي حددها القانون وأولها الفصل في دستورية القوانين دون غيرها.

والقول بخلاف ذلك يجعل من التقسيم الذي حدده قانون السلطة القضائية للإختصاصات الموكلة للمحكمة العليا عبثاً والمشرع منزه عن ذلك.

وينبني على ذلك أنه إذا ما تم الطعن أمام إحدى الدوائر بعدم الدستورية فعليها أن تحيل الطعن إلى الدائرة الدستورية وكذلك على الدائرة الدستورية إذا ما رفع إليها طعناً لا تختص ولائياً بالفصل فيه أن تحيله إلى الدائرة المختصة مثل الطعن المتعلق بتنازع الاختصاص بين جهات القضاء والذي أوكله القانون للدائرة المدنية بالمحكمة العليا، ضف إلى ذلك أن إختصاصات الدائرة الدستورية تفصل فيها ابتداءً ولا تفصل في طعون مقدمة ضد أحكام نهائية كمحكمة نقض، فهي تفصل في الوقائع والظروف وحكمها مع ذلك نهائي.

أما باقي الدوائر فليست مهمتها بحث القضية المرفوعة إليها من حيث الوقائع والظروف وإنما هي محكمة قانون ولا تعتبر درجة من درجات التقاضي، بينما الدائرة الدستورية فتنظر ابتداءً في القضايا المرفوعة إليها خاصة تلك

([1]) د. عبدالعزيز خليل بدوي، بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام، ١٩٧٨، ص١٣٣.

([2]) الفقرة ٢ من المادة ٢٠ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

المتعلقة بالفصل في الطعون الانتخابية ومحاكمة المتهمين من شاغلي وظائف السلطات العليا والطعون الإنتخابية.

ونأتي هنا لبيان إختصاص الدائرة الدستورية في البنود التالية:-

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات [١]:

هذا الاختصاص الذي نصت عليه الفقرة الأولى من المادة التي حددت إختصاصات المحكمة العليا في قانون السلطة القضائية وهو نفس النص الذي كان مدوناً في دستور دولة الوحدة عام ١٩٩١م والذي تم تعديله في الدستور المعدل عام ١٩٩٤م وأقره الدستور الحالي ٢٠٠١ إلى النص التالي (الفصل في الدعاوى والدفوع المتعلقة بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات)[٢].

فتضمن النص الدستوري بالإضافة إلى اختصاص الرقابة على دستورية القوانين إجراءات رفع الدعوى الدستورية بطريقي (الدعاوى والدفوع) أي الدعوى الإبتدائية أمام الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا والدفع المقدم من أي طرف أمام أي محكمة ابتدائية أو استئنافية ضد أي قرار أو قانون بعدم دستورية وكذا الدفوع المقامة أمام النيابة العامة.

وقد أوضحت هذا المعنى الفقرة ١ من المادة ١٩ والتي تعلقت بتعداد إختصاصات الدائرة الدستورية فنصت على أن تفصل الدائرة الدستورية في (الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات، وذلك بطريق الفصل في الطعون التي ترفع إليها بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات سواء عن طريق الدعوى المبتدأة أو الدفع)[٣].

وبالتالي جاء في صلب قرار الإختصاص إجراءات رفع الدعوى الدستورية وسنتناول هذا بالتفصل عند حديثنا عن إجراءات رفع الطعن، وهل تنحصر بالدعوى المبتدأة والدفع؟ أم يمكن الإضافة إلى ذلك الإحالة والتصدي؟

---

(١) الفقرة ١ من المادة ١٢ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م والفقرة ١ من المادة ١٢٤ من دستور دولة الوحدة ١٩٩١م.

(٢) المادة ١٥٣ الفقرة أ من دستور ١٩٩٤م و دستور ٢٠٠١م.

(٣) الفقرة ١ من المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

وما يهمنا هنا هو تعداد محل الرقابة على دستورية القوانين والتي تعاقبت منذ دستور دولة الوحدة عام ١٩٩١م إلى نص الفقرة التي أشرنا إليها في إختصاصات الدائرة الدستورية وهي (القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات)[١].

فالمعروف أن المحكمة العليا بمصر عندما نص القرار بقانون على إختصاصها بالفصل في دستورية القوانين ثار جدل واسع بين الفقه والقضاء حول معنى القوانين الخاضعة لرقابة المحكمة العليا، ولم يحسم هذا الجدل إلا بالتعديل الدستوري الذي أكد شمول (الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح) بالرغم من أن المحكمة العليا قد مدت إختصاصها برقابة اللوائح قبل النص الدستوري الذي جاء للإنتصار لها وحسم الخلاف.

أما النص في الدساتير اليمنية المتعاقبة وقانون السلطة القضائية فقد تضمن خضوع (القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات) قبل أي خلاف وقطعاً لأي خلاف محتمل.

فهل إسهاب المشرع الدستوري والقانوني في خضوع (القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات) سيقطع الخلاف؟

أم أنه يفتح باباً أخر للنقاش حول ماهية (الأنظمة) (والقرارات) التي تخضع للرقابة على دستوريتها!!

فالقوانين واللوائح لا خلاف عليها وهي التي تصدر من سلطة التشريع سواء السلطة التشريعية ممثلة بمجلس النواب أو السلطة التنفيذية بما تملكه - بحسب القوانين- من إصدار اللوائح المنفذة للقوانين، وكذا اللوائح التنظيمية، ولوائح الضبط، ولكن السؤال المطروح فيما يتعلق بماهية (الأنظمة والقرارات) ومن يصدرها؟ هذا ما نحاول الإجابة عليه في الآتي:-

ففيما يتعلق بالقرارات، هناك قرارات تصدر من السلطة التشريعية ممثلة بمجلس النواب، وهناك قرارات تصدر من رئيس الجمهورية - وقرارات تصدر من مجلس الوزراء وأخرى من الوزراء أنفسهم.

---

(١) الفقرة ١ من المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م والفقرة ١ من المادة ١٢ من قانون السلطة القضائية، والفقرة أ من المادة ١٥٠ من الدستور المعدل ١٩٩٤م، والفقرة ١ من المادة ١٢٤ من دستور دولة الوحدة ١٩٩١م، والفقرة أ من المادة ١٥٣ من الدستور الحالي ٢٠٠١م..

فإن كانت هذه القرارات متعلقة بإصدار قواعد عامة مجردة فلا خلاف في خضوعها لرقابة القضاء الدستوري في ظل النص الدستوري سالف الإشارة إليه.

وإن كانت هذه القرارات متعلقة بمراكز قانونية لأفراد معينين بصفاتهم فعلينا أن نفرق بين القرارات التي تصدرها- السلطة التنفيذية سواء رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء أو إحدى الوزارات، فهذه جميعاً تخضع لرقابة قضاء الإلغاء وهو القضاء الإداري فيما عدا ما يتعلق منها بأعمال السيادة فلا تخضع لأي رقابة.

أما إذا كانت صادرة من مجلس النواب- بصفته سلطة تشريعية - فنفرق بين القرارات التي تمس المراكز القانونية لأفراد معينين بذواتهم والتي تنظم أحكام مراكزهم القانونية نصوص دستورية وبين القرارات الفردية التي تنظم أحكام المراكز القانونية فيها نصوص قانونية أو لائحية، الأولى الأصل أن تخضع كسائر القرارات الفردية لقضاء الإلغاء (القضاء الإداري) ولكن مع ذلك يمكن أن يتم الطعن فيها أمام الدائرة الدستورية للطعن فيها بعدم الدستورية(*).

ومثال تلك القرارات ما يملكه المجلس من رفع الحصانات والمساس بالمراكز القانونية لرئيس الدولة ونائبه او احد الوزراء .

وذلك إعتماداً على أن أحكام رفع الحصانة قد نظمها الدستور ذاته وكذلك الصفة القانونية لمركز رئيس الجمهرية أو نائبه طالما إكتسبها بنص نظمة أحكام الدستور فالطعن يكون بمخالفة القرار للدستور وبالتالي (عدم الدستورية) فيكون أمام الدائرة الدستورية باعتبارها المختصة ابتداءا بالقضاء الدستوري والفصل في دستورية (القرارات)، وان كان بعض هذه القرارات من اعمال السيادة ولا تخضع لاي رقابة قضائية .

أما إذا كان قرار مجلس النواب متعلقاً بمركز قانوني لفرد بعينة ونظم هذا المركز القانوني نص قانوني أولانحي فالأصل خضوع هذا القرار لقضاء الإلغاء وهو القضاء الإداري وبالتالي يتم الطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية والفصل في ذلك.

والواقع أن مثل هذا القرار ومدى خضوعه للقضاء عند الطعن فيه كان محل خلاف بين القضاء ويؤده جانب من الفقه، وبين مجلس النواب، وقد حدث فعلاً أن أصدر مجلس النواب قراراً بقبول إستقالة أحد أعضائه وتقدم الأخير

(*) وفي حال التنازع الإيجابي بين قضاء الإلغاء والقضاء الدستوري يمكن أن يفصل في ذلك من قبل الدائرة المدنية بحسب نصوص الدستور وقانون السلطة القضائية.

بالطعن على قرار مجلس النواب أمام المحكمة الابتدائية (غرب أمانة العاصمة) باعتبارها المختصة مكانياً وإعتماداً على أن القضاء العادي مختص بالفصل في جميع المنازعات نظراً لعدم وجود قضاء إداري متخصص سوى دائرة في المحكمة العليا.

وقد تمثل الخلاف في دفع محامي مجلس النواب الذي أكد اختصاص القضاء الدستوري- الدائرة الدستورية- في نظر الطعن باعتبار أن الفصل في قضية دستورية، وبناءً عليه فالإختصاص منعقد للدائرة الدستورية مستنداً إلى نص الدستور وقانون السلطة القضائية من أن الدائرة الدستورية مختصة بالفصل (في الدعاوى والدفوع المتعلقة بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات).

ولم يتطرق محامي مجلس النواب إلى الدفع بعدم اختصاص القضاء مطلقاً باعتبار أن قرار كهذا من الأعمال البرلمانية والتي لا ولاية للقضاء في نظرها باعتبارها من أعمال السيادة.

في الوقت الذي تمسك فيه مدعي البطلان بأن قضاء الإلغاء (وهنا المحكمة الابتدائية ذات الاختصاص العام) هو المختص إعتماداً على أن المخالفة وقعت للائحة الداخلية لمجلس النواب والتي نظمت أحكام قبول الاستقالة [١].

---

(١) ملخص قضية النائب المرحوم (عبدالحبيب سالم مقبل) أنه تقدم باستقالة مسببة إلى هيئة رئاسة المجلس استناداً إلى نص المادة ١٥٦ من اللائحة الداخلية لمجلس النواب والتي من أحكامها أن للعضو أن يعدل عن استقالته قبل إصدار قرار المجلس بالموافقة عليها وتعرض على المجلس في أول جلسة تلي اليوم العاشر من تقديمها، ولكن المجلس بمجرد تقديم النائب لإستقالته في يوم ١٩٩٥/٣/٢٨م اتخذ القرار بقبولها يوم ١٩٩٥/٤/٢ والنائب عدل عنها يوم ١٩٩٥/٤/٤م في المدة القانونية وأصرت الهيئة على قبول الاستقالة فتقدم بطعن ضد قرار المجلس أمام المحكمة الابتدائية، اللافت للنظر رد المجلس على الدعوى حيث جاء فيه أن المحكمة غير مختصة نوعيا (ولأن الفصل في بطلان قرار المجلس بقوبل استقالة المدعي أو عدم بطلانه هو بمثابة فصل في قضية دستورية وبناء عليه فالاختصاص منعقد للدائرة الدستورية) مستندا إلى نصوص الدستور وقانون السلطة القضائية من أن الدائرة الدستورية مختصة (بالفصل في الدعوى والدفوع المتعلقة بعدم دستورية القونين واللوائح والأنظمة والقرارات) والملاحظ أن محامي المجلس لم يشر مطلقاً إلى عدم اختصاص القضاء باعتبار أن هذا القرار من الأعمال البرلمانية التي لا ولاية للقضاء في نظرها بل أكد اختصاص

وقد جاء حكم القاضي مؤيداً لطلب المدعي ورفض دفع مجلس النواب اعتماداً على أن القضاء مختص بالفصل في جميع المنازعات وأن كافة المؤسسات يجب أن تخضع لمبدأ المشروعية بما فيها السلطة التشريعية، وبالتالي لامحل للدفع باعمال السيادة، والأهم من ذلك هو فهم القاضي (للقرارات) الواردة في النص الدستوري وقانون السلطة القضائية من أنها القرارات بقوانين، وليست المتعلقة بالمراكز القانونية للأفراد وبالتالي خضوع قرار مجلس النواب المتعلق بالمركز القانوني لأحد أعضاء المجلس إلى قضاء الإلغاء وليس قضاء الدستورية.

عوداً الى القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية، الأصل أن هناك قرارات بقوانين تعرض على مجلس النواب فيصدرها أو يعترض عليها ثم تصدر بأغلبية معينة، وهذه تدخل ضمن القرارات بقوانين وتدخل ضمن القوانين بمعناها الموضوعي- أي كل قانون صدر متضمناً قاعدة عامة مجردة - سواء صدرت من السلطة التشريعية (مجلس النواب أو من السلطة التنفيذية بما تملك من إصدار قرارات بقوانين أثناء غياب مجلس النواب).

هذا النوع من القرارات لم تعد من اختصاص رئيس الجمهورية ولم يعد من حقه إصدار قرارات بقوانين وذلك من تاريخ التعديل الدستوري الذي أجري مطلع العام ٢٠٠١م.

أما إصدار رئيس الجمهورية للوائح التنفيذية أو التنظيمية أو اللوائح الداخلية المنظم لأحكام المجالس التابعة له فتدخل ضمن إصدار اللوائح السابق الإشارة إليها.

الدستورية باعتباره قراراً يجب الطعن فيه بعدم الدستورية، وهذا في الواقع مخالف للقانون، فالقرارات محل الطعن بعدم الدستورية هي القرارات بقوانين كما أن المخالفة هنا لنص لائحي، وقد صدر الحكم باختصاص المحكمة ورفض دفع المجلس بعدم الاختصاص بالحكم الإداري رقم ٦ لسنة ١٤١٥هـ الموافق ١٩٩٥/٨/٣م مؤسساً الحاكم (الجنداري) حكمه على ضرورة خضوع كافة المؤسسات لمبدأ المشروعية وضرورة خضوع كافة المؤسسات بما فيها السلطة التشريعة للقضاء، وهو حكم رائد في هذا المجال، وقد أكد الحكم في حيثياته أن القرارات المنصوص عليها في صلب الوثيقة الدستورية هي القرارات بقوانين و ليست القرارات المتعلقة بالمراكز القانونية للأفراد.

ويبقى السؤال مطروحاً فيما يتعلق باختصاص القضاء الدستوري في النظر بالطعون المتعلقة بالقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية والتي تمس مركز قانونية لأفراد معينين؟

فهذه القرارات منها ما يملك رئيس الجمهورية فيها سلطة لا معقب عليها مثل قراره بتكليف رئيس الوزراء بتشكيل الحكومة، أو بتعين كبار موظفي الدولة في السلك الدبلوماسي والسلطة القضائية ومنح الأوسمة.

ومنها ما سلطته مقيدة بحسب الدستور والقوانين النافذة مثل القرارات التي تمس مراكز قانونية لافراد ، هذه القرارات التي تنال مراكز قانونية فردية هل يختص القضاء الدستوري بالفصل فيها أم القضاء الإداري باعتباره قضاء إلغاء؟؟

بحسب ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية في حكمها الرائد سالف الإشارة فإن هذه القرارات ليست قرارات بقوانين وبالتالي تخضع لمبدأ المشروعية وتفصل فيها المحكمة المختصة مكانياً. وبالتالي لا تختص الدائرة الدستورية بالفصل فيها حال موافقتها للدستور أو مخالفتها له.

وبحسب ما ذهب إليه محامي قضايا الدولة، تختص بالفصل فيها الدائرة الدستورية باعتبارها تتناول مسألة دستورية وإستناداً إلى نص الدستور باختصاص الدائرة بالفصل (في الدعاوى) المتعلقة بالرقابة على (دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات) وما ذهبت إليه المحكمة أرجح باعتبار أن هذه القرارات متعلقة بمراكز قانونية فردية لا يختص القضاء الدستوري بالنظر في الدعاوى المتعلقة بها إلغاءً وتعويضاً وانطلاقاً من مبدأ خضوع كافة المؤسسات الدستورية لمبدأ المشروعية فيجب أن تخضع لقضاء الإلغاء – وهو القضاء العادي في اليمن-.

وبالتالي تنحصر القرارات المذكورة في صلب الدساتير المتعاقبة وقانون السلطة القضائية في القرارات المتعلقة بإنشاء قواعد عامة مجردة وحسب،

كما نرجح ما ذهب إليه الحكم المشار إليه سلفاً استناداً إلى الحجج التي ساقها وإلى القواعد العامة التي تقضي باختصاص القضاء الإداري- قضاء الإلغاء- برقابة كل ما يصدر من جهة الإدارة، وكذا من أجل تحقيق العدالة وذلك بتمكين المتضرر من الطعن بالإلغاء أمام المحكمة الابتدائية وحال مخالفتها للقانون له الطعن أمام الاستئناف فالدائرة الادارية بالمحكمة العليا ضماناً لحسن تطبيق القانون ومحافظة على حقوق الأفراد، وخاصة أن القضاء الدستوري قضاء

إستثنائي ومن درجة واحدة فقط والإستثناء يحتاج لإقرار إختصاصه نصاً صريحاً لا منازعة فيه ولا عليه.

بقى الإشارة إلى أن من ضمن (القرارات) التي تخضع لرقابة القضاء الدستوري تلك القوانين الصادرة بقرارات من مجلس النواب ومجلس الشورى في اجتماعاتهما المشتركة.

فالأصل أن ما يصدر من مجلس النواب من قواعد عامة ومجردة هي قوانين ومنها على سبيل المثال إصدار مجلس النواب لائحته الداخلية بقانون (١).

ولكن اللائحة المتعلقة بتنظيم الاجتماع المشترك بين مجلس النواب (المنتخب كامل أعضائه) ومجلس الشورى (المعين جميع أعضاء من قبل رئيس الجمهورية) لم يشر الدستور ولا القانون إلى إصدارها، فتم إصدارها في اجتماع مشترك بين المجلسين بقرار (وليس قانوناً) من (مجلس النواب والشورى) بالرغم من أن اللائحة الداخلية لمجلس الشورى تصدر بقانون من قبل مجلس النواب (٢).

فهذا القرار الصادر من مجلسي النواب والشورى هو في حقيقة الأمر لائحة صادرة بقانون وإن سمي قراراً ويخضع بالتالي لرقابة دستورية القوانين وبالتالي يخضع للقضاء الدستوري.

وخلاصة الأمر أن (القرارات) المشار إليها في الدساتير المتعاقبة والمنصوص عليها في صلب المادة التي حددت اختصاص الدائرة الدستورية هي كل قرارات السلطة التشريعية والتنفيذية بشقيها (رئيس الجمهورية أو الحكومة)، والمتعلقة باصدار قواعد عامة مجردة ولم تكن متعلقة بالمراكز القانونية لأفراد محددين بذواتهم، وإن كان الأصل أن القرارات التي تصدرها الإدارة (الحكومة) يجب أن تخضع لرقابة الإلغاء إلا أنه في ظل النص الدستوري والقانوني الذي يوكل للدائرة الدستورية رقابة (القرارات) فهنا يكون القضاء الدستوري مختص

(1) نصت المادة ٦٧ من الدستور الحالي على أن (يضع مجلس النواب لائحته الداخلية... ويكون صدور اللائحة وتعديلها بقانون).

(2) المادة ١٢٦ من الدستور الحالي ٢٠٠١، (.... ويضع مجلس الشورى لائحة تنظم أعماله وطريقة انعقاد اجتماعاته وكيفية اتخاذ القرار وتصدر بقانون).

برقابة دستورية تلك القرارات المتضمنة لقواعد عامة ومجرده وإن كانت صادرة من إحدى الوزارات [١].

خاصة وأنه لا يوجد قضاء إداري متخصص في اليمن، ولو كان هناك قضاء إداري متخصص لكان الأولى خضوع مثل هذه القرارات إلى قضاء الإلغاء باعتبار أن (المشكلة الرئيسية التي يثيرها موضوع الرقابة على دستورية القوانين تكاد تنحصر في مشكلة تحديد الجهة التي يكون لها من مكانتها ما يسمح لها بإبطال مفعول أو بتقرير بطلان القوانين الصادرة من سلطة التشريع، صاحبة المكانة العليا في الدولة، باعتبارها السلطة التي تضع القوانين الملزمة لكافة السلطات الأخرى، فالوظيفة التشريعية تسمو بطبيعتها على غيرها من الوظائف، وبالتالي فإن الحساسية التي يثيرها موضوع الرقابة على دستورية القوانين لا مجال لها خارج نطاق القوانين بمعناها الشكلي- الصادرة من السلطة التشريعية - أما اللوائح فهي بحكم كونها تصدر عن السلطة التنفيذية يجب أن تخضع في رقابة مشروعيتها عموماً لنفس القضاء الذي يفصل في مشروعية القرارات الإدارية الفردية)[٢] وهذا ما يؤيدة جانب من الفقه في اليمن [٣].

([1]) هناك قرارات وزارية متعلقة بأنظمة وقواعد عامة مثل (قرار وزير التموين والتجارة رقم (٤٣) لسنة ١٩٩١م بشأن تحديد شروط إثبات المنشأ وحالة الإعفاء منها). وهناك قرارات تصدر من مجلس الوزراء قد تتضمن عقوبات وهي مخالفة للدستور فالأصل إن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، أي قانون صادر من السلطة التشريعية ممثلاً بمجلس النواب ، وإصدار مثل هذا الأحكام من الحكومة وهي تتضمن عقوبات يجعلها محل طعن أمام الدستورية بعدم دستوريتها، مثال- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن لائحة مخالفات التخطيط وأعمال البناء بالمدن الرئيسية والثانوية والعقوبات المقررة عليها. – قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٤م بشأن لائحة مخالفات النظافة وصحة البيئة والعقوبات المقررة عليها، ومن هذه العقوبات الهدم وإزالة المخالفة والمصادرة والتي يجب أن لا تصدر إلا بقانون من السلطة التشريعية- مجلس النواب.

([2]) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٨.

([3]) يراجع محاضرات أ.د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، محاضرات كلية الشريعة والقانون، غير منشورة.

وإذا كنا قد فصلنا القول فيما يتعلق باختصاص الدائرة الدستورية برقابة (القرارات) بعد أن بينا اختصاصها بالرقابة على دستورية (القوانين واللوائح) بحسب نصوص الدستور وقانون السلطة القضائية. فيبقى السؤال قائماً فيما يتعلق بتحديد ماهية (الأنظمة) الخاضعة للرقابة الدستورية؟ فهذه (الأنظمة) لا دلالة لها في القوانين ولا معنى لها سوى جميع اللوائح سواء التنظيمية أو لوائح الضرورة أو التنفيذية للقوانين أو لوائح الضبط ولا يمكن أن ينصرف معناها إلى الأنظمة المتعلقة بالنقابات والأحزاب لأن هذه ليست صادرة من سلطة عامة، وإذا ما كان معنى الأنظمة سائر اللوائح فقد دخلت ضمن رقابة الدائرة الدستورية (للوائح) وبالتالي فعبارة (الأنظمة) زائدة ولا معنى لها ولا دلة خاصة وهي عبارة متزيدة ما كان ينبغي للمشرع الدستوري ولا القانوني إيرادها وليس لها معنى خاص.

وبالتالي نعود للقول فيما يتعلق بالسؤال الأول في أن إيراد ما يخضع للرقابة من (القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات) قبل أي خلاف فقهي أو قضائي ما هو إلا دافع لفتح الخلاف وليس لإزالته خاصة وإن عبارة (الأنظمة) لا دلالة قانونية لها ولا معنى سوى سائر اللوائح وكذا القرارات والتي أطلقها ولم يحددها خاصة إذا ما علمنا بأن القرارات بقوانين لم تعد من اختصاص رئيس الجمهورية بعد التعديل الدستوري الذي أجرى قبيل الإنتخابات الرئاسية مطلع العام ٢٠٠١م.

ونأتي هنا لبيان الاختصاص الثاني من إختصاصات الدائرة الدستورية والمتعلقة بالفصل في الطعون الانتخابية.

ثانياً: الفصل في الطعون الإنتخابية:

ورد هذا الاختصاص في المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية التي أشارت إلى مهام الدائرة الدستورية الفقرة الثانية [1] وهو نفس النص والإختصاص الذي أسنده دستور دولة الوحدة - ١٩٩١م في الفقرة الثالثة [2]- إلى المحكمة العليا ولكن التعديل الدستوري عام ١٩٩٤م ألغى هذا الإختصاص الموكل إلى المحكمة العليا وأبدله بالتحقيق (وإبداء الرأي في صحة الطعون

([1]) المادة ١٩ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١م بشأن السلطة القضائية، الفقرة ٢.

([2]) المادة ١٢٤ من دستور دولة الوحدة ١٩٩١، الفقرة ٣.

المحالة إليها- أي إلى المحكمة العليا- من مجلس النواب المتعلقة بصحة عضوية أي من أعضائه)[1].

وتأيد هذا الإختصاص الأخير للمحكمة العليا في التعديل الدستوري الحالي ٢٠٠١م، مع تأكيد حذف الإختصاص المتعلق بالفصل في الطعون الإنتخابية، ولكن المادة التي أشارت إلى تعداد إختصاصات ومهام المحكمة العليا في صلب التعديل الدستوري عام ١٩٩٤م و٢٠٠١م قد مكنت المشرع القانوني من إضافة أي إختصاص آخر الأمر الذي يجد هذا الإختصاص سنده من الدستور بهذه الإحالة ما لم فيمكن الذهاب الى أن التعديل الدستوري عام ١٩٩٤م والتعديل الدستوري عام ٢٠٠١م وهو النافذ حاليا، قد الغيا بنص صريح إختصاص المحكمة العليا بالفصل في الطعون الإنتخابية واستبدلاه (بالتحقيق وابداء الرأي في صحة الطعون المحالة اليها من مجلس النواب المتعلقة بصحة عضوية اي من أعضائية) وبالتالي لم يعد هناك مبرر لوجود هذا الإختصاص في قانون السلطة القضائية ويعتبر غير دستوري نظرا لأن قانون السلطة القضائية صدر إثر دستور دولة الوحدة عام ١٩٩١م ولم يعدل في الوقت الذي تم تعديل الدستور عام ١٩٩٤م وعام ٢٠٠١م لاغيا لهذا الاختصاص بنص صريح .

مع العلم أن هناك فرق كبير بين مهام الفصل في الطعون الإنتاخبية وبين التحقيق وإبداء الرأي في صحة الطعون المتعلقة بصحة العضوية والمحالة من مجلس النواب

والواقع أن قانون السلطة القضائية قد وقع في لبس- بسبب التعديلات الدستورة المتتابعة- أثناء تعداد مهام وإختصاصات المحكمة العليا ففي الوقت الذي حاول القانون حصر المهام الموكلة إلى المحكمة والتي أشار إليها الدستور، لم يشر إلى إختصاص المحكمة بالتحقيق في صحة العضوية المتعلقة بأعضاء مجلس النواب، والتي أشار إليها الدستور [2]، وعندما أشارت المادة ١٩ وهي

---

(1) الفقرة جـ من المادة ١٥١ من الدستور المعدل ١٩٩٤م. ونفس الفقرة من المادة ١٥٣ من الدستور الحالي ٢٠٠١م.

(2) وذلك في المادة ١٢ من قانون السلطة القضائية والتي حصرت مهام وإختصاصات المحكمة العليا ولم تشر إلى مهمة الفصل في الطعون الانتخابية ولا التحقيق في صحة العضوية وإبداء الرأي فيها لان القانون صدر قبل الدستور ولم يعدل ..

بصدد تعداد مهام الدائرة الدستورية ذكرت مهمة الفصل في الطعون الإنتخابية وأغفلت مهمة التحقيق وإبداء الرأي فيما يتعلق بصحة عضوية أعضاء مجلس النواب الأمر الذي يجعل هذا الاختصاص موكل للمحكمة العليا دون أن يبين قانون السلطة القضائية إختصاص أي دائرة من دوائره بالفصل فيه ، في الوقت الذي حاول القانون المشار إليه توزيع المهام نوعيا بحيث لا يبقى أي اختصاص دون أن تكون دائرة معينة بذاتها هي المختصة نوعياً بالفصل فيه.

خلاصة الأمر أن الدائرة الدستورية مختصة- وفقاً لقانون السلطة القضائية- بالفصل في الطعون الإنتخابية وليست مختصة بالتحقيق وإبداء الرأي في الطعون المتعلقة بصحة عضوية أعضاء مجلس النواب وهذا لبس تشريعي يجب تداركه.

عوداً على بدء تكون الدائرة مختصة بالفصل في الطعون الإنتخابية سواء كانت انتخابات رئاسية أو نيابية.

ففيما يتعلق بالفصل في الطعون الإنتخابية الرئاسية فقد بين القانون طريق الطعن فيها وإجراءاته [1]، فنص القانون على أن (لكل ذي مصلحة حق الطعن في إجراءات الاقتراع والفرز أو نتائج الفرز وذلك بعريضة طعن عادية يودعها الطاعن لدى المحكمة العليا وفقاً للشروط التالية:

أ - أن يكون تقديم الطعن خلال ٤٨ ساعة من إعلان اللجنة العليا النتيجة النهائية للانتخابات الرئاسية.

ب - أن يكون الطعن مسبباً ومحدداً حول إجراءات الاقتراع أو نتائج الفرز.

جـ - أن يرفق مع الطعن مبلغ وقدره ٢٥٠ ألف ريال تودع خزينة المحكمة كضمان نقدي يورد إلى خزينة الدولة في حالة عدم صحة الطعن ويرد إلى مقدم الطعن إذا كان الحكم في صالحه.

---

(1) وذلك في القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٦م بشأن الانتخابات العامة وتعديلاته بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٩م.

د - تفصل المحكمة العليا في الطعون المقدمة إليها خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمها)[١].

وفي الواقع العملي لم تواجه- الدائرة الدستورية- وبالتالي المحكمة العليا- أي إشكالات واقعية أو قانونية فيما يتعلق بالطعون الإنتخابية الرئاسية .

أما فيما يتعلق بالطعون الإنتخابية المتعلقة بانتخابات المجلس النيابي فيجب التمييز بين الطعن الانتخابي ومصطلح الطعن بصحة العضوية ، وكذا يجب التمييز بين مراحل الطعون الانتخابية المتعلقة بمرحلة القيد والتسجيل والطعون المتعلقة بنتائج الفرز وإعلان النتيجة فالأخيرة فقط هي المختصة بها المحكمة العليا دون غيرها [٢].

وقد نص القانون أنه (لكل ذي مصلحة الحق في الطعن على نتائج عملية الاقتراع والفرز وذلك بعريضة طعن عادية يودعها لدى المحكمة العليا وفقاً للشروط التالية:

(أ - أن يكون تقديم الطعن خلال ٧٢ ساعة من إعلان نتائج الفرز في الدائرة.

ب - أن يكون الطعن مسبباً ومحدداً حول إجراءات الاقتراع والفرز.

جـ - أن يرفق بالطعن مبلغ وقدره ٥٠ ألف ريال يودع خزينة المحكمة كضمان نقدي يورد إلى خزينة الدولة في حالة عدم صحة الطعن ويرد إلى مقدم الطعن إذا كان الحكم في صالحه)[٣].

والملاحظ على اختصاص المحكمة العليا بالفصل في الطعون الانتخابية أنها تفصل فيها وتنظرها باعبارها دعوى ابتدائية وإن كان حكمها نهائياً وباتاً في ذات الوقت، وبالتالي هنا المحكمة العليا محكمة ابتدائية وليست محكمة نقض في أحكامها التي تصدرها وإن كان لا معقب عليها.

([1]) المادة ٧٧ مكرر من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٩م بشأن تعديل أحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٦م بشأن الانتخابات العامة.

([2]) للتميز بين الطعون الانتخابية والطعن بصحة العضوية يراجع :عباس محمد زيد، الإختصاصات غير التشريعية لمجلس النواب، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص١٢٨-١٣٨.

([3]) المادة ١١١ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٩م بشأن الانتخابات العامة.

كما أن جميع الطعون المتعلقة بالانتخابات الرئاسية أو النيابية قد ألزمت الطاعنين بتقديم مبالغ مالية كبيرة جداً الأمر الذي يجعل حق الطعن محصوراً في القادرين مالياً فقط ، وبالتالي الحد من اللجوء للقضاء والإخلال بمبدأ حق المواطنين في اللجوء للقضاء ، والاخلال بمبدأ المساواة فالقادرين مالياً فقط هم من سيتمكنون من تقديم الطعون، الأمر الذي يجعل شبهة عدم الدستورية قائمة في شرط تقديم الضمان المالي، كما أن الواقع العملي قد أثبت أن المحكمة العليا تستقبل طعوناً عدة فيما يتعلق بنتائج الانتخابات النيابية وفي غضون ساعات من إعلان النتائج وأن المحكمة العليا قد أرّبكت وأربكت الطاعنين وهي بصدد القيام بهذا الإختصاص.

ثالثاً: محاكمة المتهمين من شاغلي وظائف السلطات العليا:

لم يكن هذا الاختصاص منوطاً بالمحكة العليا في دستور دولة الوحدة ١٩٩١م وأقر في الدستور المعدل عام ١٩٩٤م وهو ما أكده التعديل النافذ عام ٢٠٠١م وما كان عليه الدستور الدائم قبل الوحدة في الشطر الشمالي من الوطن في دستور عام ١٩٧٠م.

وهذا الاختصاص الثالث المسند للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا وتنظره الدائرة ابتداءً دون أن تكون محكمة نقض ، وبالتالي فحكمها هنا ابتدائي أصبغ القانون عليه صفة النهائية وباتاً في نفس الوقت ولايمكن الطعن فيه إلا عن طريق التماس إعادة النظر إلى نفس الدائرة.

وقد نظم الدستور بنصوص خاصة طريقة رفع الدعوى ضد المتهمين من شاغلي وظائف السلطات العليا- وخاصة التنفيذية وهم رئيس الجمهورية ونائبه، ورئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم. مع التمييز بين طلب اتهام رئيس الجمهورية ونائبه ومن دونهما من المسئولين ، فإذا كان الإتهام موجهاً ضد رئيس الجمهورية أو نائبه فينحصر طلب الاتهام والإحالة إلى المحكمة من قبل مجلس النواب وذلك بناء على طلب (نصف أعضاء مجلس النواب ولا يصدر قرار الإتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضائه)[1].

([1]) المادة ١٢٨ من الدستور الحالي ٢٠٠١م.

بينما إذا كان الإتهام موجهاً ضد رئيس الوزراء أو نوابه أو الوزراء أو نوابهم فيكون (لرئيس الجمهورية ولمجلس النواب حق إحالة رئيس الوزراء أو نوابه أو الوزراء إلى التحقيق والمحاكمة. ويكون قرار مجلس النواب بالإتهام بناءً على اقتراح مقدم من خمُس أعضائه على الأقل ولا يصدر قرار الإتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس)(١).

وبالتالي ليس من حق رئيس الجمهورية إحالة نائبه إلى التحقيق والمحاكمة بالرغم من أن قرار تعيينه وعزله بيده ومع العلم أن نائب الرئيس ليس منتخباً من قبل الشعب.

وقد نظم الدستور وقانون محاكم شاغلي وظائف السلطة التنفيذية العليا في الدولة وكذا اللائحة الداخلية لمجلس النواب إجراءات إتهام ومحاكمة المشمولين بالعناية والحماية القانونية من أعضاء السلطة التنفيذية (٢). وقد أوكل القانون في ممارسة الإدعاء العام لثلاثة أعضاء من مجلس النواب وذلك أمام الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بعد استكمال مراحل الطلب والتحقيق وإصدار قرار الاتهام من قبل مجلس النواب.

أما من الناحية العملية فلا توجد سوابق قضائية خاصة بمحاكمة المشمولين برعاية هذا القانون وهذه الإجراءات فلا إتهام من مجلس النواب لأحد أعضاء الحكومة ولا إحالة من رئيس الجمهورية لأياً منهم .

ومن المهم الإشارة إلى أن القانون الصادر بشأن محاكمة شاغلي الوظائف التنفيذية العليا بالدولة قد حصر مع الدستور إجراءات اتهام ومحاكمة كبار المسئولين التنفيذيين وبالتالي فإن محاكمة رئيس مجلس النواب أو مجلس الشورى أو أعضاء السلطة القضائية لا تختص الدائرة الدستورية بمحاكمتهم ، فأعضاء السلطة التنفيذية - كبار المسئولين فقط- هم المشمولين برعاية وحماية القانون لهم وإعطائهم ضمانات قانونية بالغة التعقيد في تحريك الإتهام والمحاكمة الأمر الذي يجعلهم بمنأى عن الخضوع لقضاء الدستورية وإن كان مهمة القانون أن يجعهلم بمنأئ عن الوقوع في مخالفة القانون ويلزمهم باحترام الدستور.

---

(١) المادة ١٣٩ من الدستور الحالي ٢٠٠١م.

(٢) القانون رقم ٦ بشأن إجراءات اتهام ومحاكمة شاغلي وظائف السلطة التنفيذية العليا لسنة ١٩٩٥م. القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٧م بشأن اللائحة الداخلية لمجلس النواب.

وبهذا الاختصاص ينتهي دور الدائرة الدستورية ومهامها المنصوص عليها في الدستور والقانون وبالتالي لا تختص الدائرة الدستورية بتفسير الدستور ولا القوانين حال الخلاف في تفسيرها ولا كذلك الفصل في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء.

ونأتي هنا لبيان أهم اتجاهات الدائرة الدستورية في المطلب الثاني من المبحث الثالث.

المطلب الثاني

أهم إتجاهات الدائرة الدستورية

نتتبع إتجاهات الدائرة الدستورية من خلال الأحكام التي أصدرتها وهي أقل من أصابع يد واحدة، منذ نشأتها وإلى تاريخ هذا البحث.

مع ملاحظة ان الدستور والقانون قد أجازا الطعن المباشر ضد القوانين واللوائح والقرارات دون دعوى سابقة الأمر الذي يعني مهاجمة القوانين دون سابق دعوى منظورة أمام أي محكمة أوأثنا نظر أي دعوى ، هذا الأمر يفترض أن يسهل تقديم الطعون بعدم الدستورية ضد أي مخالفة من القوانين أو القرارات ولكن مع ذلك نجد ندرة الطعون المنظورة أمام الدائرة، وقد يرجع ذلك إلى قلة الوعي لدى المشتغلين بالمحاماة والرأي العام بالمحافظة على النصوص الدستورية، كما يرجع إلى عدم إحترام الدستور من قبل السلطات وكثرة التعديلات الدستورية في فترات زمنية متقاربة ، كما قد يرجع ذلك إلى عدم الثقة في دور الدائرة الدستورية في حماية الشرعية الدستورية نظراً لعدم تحقيق الإستقلال الكامل للسلطة القضائية ، وعدم ترسخ هذا الإستقلال لدى الكافة ولدى السلطات العامة بمن فيهم أعضاء المحكمة العليا.

ونتناول هنا أهم الإتجاهات من خلال استعراض أحكام الدائرة الدستورية في الفروع التالية:-

الفرع الأول

إخضاع القرارات الادارية لرقابة الدائرة الدستورية

وإلغاء القرارات المخالفة للقانون ولو لم تكن مخالفة للدستور

سبق الإشارة إلى ما أثير حول (القرارات) التي تخضع لرقابة الدستورية ، وقد تسنى للدائرة الدستورية أن تحسم الخلاف في أول قضية تنظرها بعد نشأة المحكمة العليا وتشكيلها الأول بعد قيام الوحدة ١٩٩٠م، وذلك في حكمها الأول [١] في الدعوى الدستورية رقم ١ لعام ١٩٩٣ ونستعرض القضية والتعليق على الحكم في البنود التالية:-

أولاً: ملخص الدعوى والظروف التي قدمت فيها:

بعد قيام الوحدة تم الإستفتاء على دستور دولة الوحدة ١٩٩١م واستمرت الحكومة للفترة الانتقالية إلى أن تتم الدعوة لأول انتخابات نيابية وذلك في ٢٧ إبريل ١٩٩٣م. وبعد تشكيل اللجنة العليا للانتخابات من جميع الأحزاب المؤثرة في الساحة السياسية بما فيها الحزبين الحاكمين اللذين وقعا إتفاقية الوحدة (الحزب الاشتراكي- وحزب المؤتمر الشعبي العام) وكان أول تشكيل للجنة العليا للانتخابات- بسبب التوازن السياسي والعسكري بين الحزبين الحاكمين- مستقلاً فعلاً عن قرار الحكومة، التي كان التقاسم فيها واضحاً بين الحزبين الحاكمين، وقد حرص كل حزب حاكم أن يحصر منافسه وشريكه في حكومة الوحدة في المناطق التي كان فيها قبل الوحدة.

(١) هذا هو الحكم الأول للمحكمة العليا الدائرة الدستورية ولاجدال في ذلك ومع ذلك وقع الخطأ من المحكمة العليا ممثلة بالدائرة الدستورية واعتبرت الحكم الثاني الذي سنشير إليه لاحقاً هو الأول وهو ما اعتبره جانب من الفقه كذلك ، وهذا مخالف للواقع أنظر في ذلك:- أحمد الوادعي، المأزق الدستوري في اليمن، مؤسسة العفيف، ط١، ٢٠٠٧م، ص٢٠٣. وهو يشير كما تشير المحكمة العليا أن حكم الدائرة الدستورية في قانون السلطة المحلية هو الأول خلافاً للواقع بسبب ما وهمت به المحكمة العليا.

وبعد الاستفتاء على دستور دولة الوحدة صدر قانون الانتخابات العامة [1] وتضمن نصاً يمنع الوزراء ونوابهم والوكلاء والمحافظين ووكلائهم والقضاة وغيرهم من أعضاء السلطة التنفيذية في المديريات من الترشح في مناطق عملهم إلا إذا مضى على استقالتهم ثلاثة أشهر قبل الانتخابات [2].

وعلى ضوء هذا النص أعلنت اللجنة العليا للانتخابات في وسائل الإعلام المختلفة قراراً تضمن الاعلان (للاخوة الذين يرغبون في ترشيح أنفسهم في الفئات التي نصت عليها الفقرة ب من المادة ٥٥ من قانون الانتخابات أن يقدموا استقالاتهم قبل موعد الانتخابات)[3] وقد حدد الإعلان الفئات اللازم تقديم استقالتهم لممارسة حقهم الانتخابي وذكرت منهم (الوزراء العاملون بما فيهم رئيس الوزراء ونوابه)[4].

ومن المعلوم أن رئيس الوزراء حينها كان عضواً بالمجلس النيابي وهو أحد قيادات الحزب الاشتراكي ورئيس وزراء سابقاً بالجنوب وكان يعزم على ترشيح نفسه في أول انتخابات نيابية مع بعض الوزراء المنضمين لتشكيل الحكومة [5].

ومضمون الإعلان يلزم رئيس الوزراء والوزراء تقديم استقالتهم لكي يتمكنوا من الترشيح لمجلس النواب، وهذا ما اعترض عليه الراغبون في الترشح وفي مقدمتهم رئيس الوزراء وبعض الوزراء في حكومته.

وقد تلخصت الدعوى من المدعين (أولا: بالحكم بعدم دستورية إدراج الوزراء ضمن الفئات المشار إليها في الفقرة ب من المادة ٥٥ من القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٩٢م. ثانياً: الحكم بإلغاء ذلك الإدراج. ثالثاً: نشر الحكم في الجريدة الرسمية).

---

(1) القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٩٢م بشأن الانتخابات العامة.

(2) المادة ٥٥ من القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٩٢م بشأن الانتخابات العامة الفقرة ب.

(3) إعلان اللجنة العليا للانتخابات صادر في ١٩٩٣/٢/٢٣م نشر في جريدة الثورة- العدد ١٠٣٣٢ بتاريخ الأربعاء ٣ رمضان ١٤١٣هـ، الموافق ١٩٩٣/٢/٢٤م.

(4) من نص الإعلان الصادر من اللجنة العليا للانتخابات.

(5) ومنهم: حيدر أبو بكر العطاس- رئيس الوزراء. محمد خادم الوجيه- وزير بالحكومة. سالم محمد جبران- وزير بالحكومة. أحمد محمد الأنسي- وزير بالحكومة.

هذا في الشق الأول الدستوري أما الشق الثاني من الدعوى فيتعلق (بعدم دستورية وقانونية ما تضمنه إعلان اللجنة العليا للانتخابات من قرارات اعتباراً لمخالفة الإعلان أحكام الدستور والقانون).

وقد دلل المدعون على مخالفة الدستور اعتماداً على أن الدستور قرر مبدأ جواز الجمع بين عضوية المجلس النيابي ومجلس الوزراء بالمادة ٦٠ و٧٦ (١) وفي القانون الحكم الخاص بحظر الجمع بين عضوية مجلس النواب والوظيفة العامة قد استثنى منه رئيس الوزراء والوزراء بموجب حكم المادة ٨٣ (٢).

ثانياً: المدعى عليها:

ورد في الحكم المشار إليه أن المدعى عليها:

(١- نص الفقرة ب من المادة ٥٥ من القانون رقم ٤١ لعام ١٩٩٢م بشأن الانتخابات العامة. ٢- اللجنة العليا للانتخابات بصفتها الجهة المنفذة للقانون آنف الذكر).

هكذا ورد بالحكم حصر المدعى عليها بالنص محل الطعن واللجنة العليا للانتخابات ، علماً أن المدعي هنا وكيل وزارة الشئون القانونية لقطاع قضايا

---

(١) المادة ٦٠ من دستور عام ١٩٩١م تنص على ان (يتقاضى رئيس مجلس النواب وأعضاء هيئة الرئاسة وبقية أعضاء المجلس مكافأة عادلة يحددها القانون ولا يستحق رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء المكافأة المذكورة إذا كانوا أعضاء في مجلس النواب).

والمادة ٧٦ تنص على أن (يسمع رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم في مجلس النواب ولجانه كلما طلبوا الكلام ولهم أن يستعينوا بمن يرون من كبار الموظفين، ولا يكون لهم أي صوت معدود عند أخذ الرأي إلا إذا كانوا من أعضاء مجلس النواب).

(٢) تنص المادة ٨٣ من القانون رقم ٤١ لعام ١٩٩٢م على أنه (لا يجوز الجمع بين الوظيفة العامة وعضوية مجلس النواب- فيما عدا رئيس مجلس الوزراء وأعضاء مجلس الوزراء- كما لا يجوز الجمع بين عضوية المجس المحلي وعضوية مجلس النواب).

الدولة [1] الذي يفترض أن يكلف بالدفاع عن النص الطعين، وكان المفترض أن توجه الدعوى ضد مصدر القرار بقانون وهو رئيس مجلس الرئاسة ورئيس مجلس الوزراء ولكن الأخير هنا منظم للدعوى ضد النص، وما يغفر للمحكمة العليا ممثلة بالدائرة الدستورية في إيراد حكم بهذا النص وما يغفر لوزارة الشئون القانون كذلك أن هذه أول دعوى وأن هذا أول حكم والذي لم يتمكن المدعى- وهو وكيل وزارة الشئون القانونية- من تحديد المدعى عليه وهو مصدر القانون وليس الجهة المنفذة للقانون وإلا لزم الأمر أن تصدر الدعاوى ضد القضاء باعتباره المنفذ للقوانين عند الخلاف.

وبسبب هذا اللبس في تحديد المدعى عليها كانت الإجابة والدفاع من محامي اللجنة العليا للانتخابات والذي بدوره تمسك بدستورية النص الطعين، وبصحة إعلان اللجنة العليا للانتخابات المطعون في عدم قانونيته وقد تلخص الرد في أن الدستور اجازمبدأ الجميع بين عضوية مجلس النواب وعضوية مجلس الوزراء ولكن هذا الجمع (لاحق بعد نجاحهم في الانتخابات وليس قبلها مطلقا) [2]. وبالتالي عليهم تقديم الإستقالة للدخول في الانتخابات.

ثالثاً: دور الدائرة الدستورية:

ميزت الدائرة الدستورية بين الدعويين الأولى الدستورية ضد نص الفقرة ب من المادة ٥٥ من القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٩٢م بشأن الانتخابات العامة.

والدعوى الثانية وهي دعوى إدارية بحتة ضد إعلان اللجنة العليا للانتخابات، ومد الإعلان (لشموله رئيس الوزراء ونوابه والوزراء) في حين القانون صريح في أن الحظر قاصر على الوزراء ونوابهم وذلك بنص الفقرة ب من المادة ٥٥ من القانون الطعين.

ولذلك جاء حكمها بالنص التالي:-

---

(1) المدعى هنا هو الحكومة بلسان وكيلها والذي سيكلف في جميع الدعاوى لاحقاً بالدفاع عن القوانين واللوائح المطعون فيها. وهو المحامي/ محمد إسماعيل النعمي وكيل وزارة الشئون القانونية آنذاك ..

(2) من نص الحكم المشار إليه في الدعوى الدستورية رقم ١ لسنة ١٩٩٣م الجريدة الرسمية، العدد ٦، ٣١ مارس ١٩٩٣، ص١٠١.

(أولاً: أن الفقرة ب من المادة ٥٥ من القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٩٢م بشأن الانتخابات العامة لا تتعارض مع الدستور ولا تصطدم مع أي نص فيه وتأخذ سبيلها إلى التطبيق دون أي مانع دستوري.

ثانياً: **عدم قانونية** الفقرة أ من إعلان اللجنة العليا للانتخابات الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٢/٢٣م لمخالفتها لأحكام الفقرة ب من المادة ٥٥ من نفس القانون بشأن إقحام رئيس الوزراء ونوابه.

ثالثاً: توسع إعلان اللجنة العليا للانتخابات فجعل من حق الوزراء ونوابهم ترشيح أنفسهم للانتخابات في كافة الدوائر الانتخابية في عموم محافظات الجمهورية متجاوزاً النص القانوني الذي نظم الموطن الإنتخابي لسائر المواطنين وفقرة ب من المادة ٥٥.

رابعاً: قصر حظر الترشيح للانتخابات مجلس النواب على الوزراء وكافة الفئات الأخرى المشمولة بأحكام الفقرة ب من المادة ٥٥ من قانون الانتخابات العامة في نطاق الدائرة الانتخابية فقط المنصوص عليها في الفقرة ب من المادة المشار اليها إلا بعد تقديم الإستقالة، وفي هذه الحالة يتعين قبول ترشيح من يرغب منهم).

بذلك حكمت الدائرة الدستورية ويتبين من حكمها أن الحل كان سياسياً أكثر منه قضائياً، وذلك للاعتبارات التالية:-

١- المحكمة العليا- وقد حدد إختصاصاتها النوعية قانون السلطة القضائية إستناداً إلى نصوص الدستور كان يفترض من الدائرة الدستورية- وقد تبين لها أن الدعوى ضد الإعلان هي دعوى إدارية وأن المخالفة للقانون وليس للدستور- أن تحيل هذه الدعوى للقضاء الإداري للفصل فيه بقرار من المحكمة الابتدائية المختصة وليس لها أن تحيله للدائرة الإدرية بالمحكمة العليا لأنها تنظر القضايا الإدارية كمحكمة نقض وليس لها أن تفصل ابتداءً في أي دعوى إلغاء.

٢- أن الدائرة الدستورية قد منحت نفسها الحق في الفصل في مشروعية الإعلان والقرارات الفرعية ولو لم تكن مخالفة للدستور، ولذلك جاء في حكمها أن الإعلان قد اتصف (بعدم قانونيته) وليس بعدم الدستورية.

وبمقارنة ما ذهبت إليه الدائرة الدستورية من خضوع القرارات المخالفة للقانون لاختصاصها وإصدارها حكم نهائي وبات (بعدم قانونية) الإعلان وبالتالي إلغاء كل آثاره، وما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا بمصر فيما يتعلق بمخالفة اللائحة للقانون أو مخالفة النص القانوني لقانون آخر فقد قررت في حكم شهير لها بأن(النعي بمخالفة النص المطعون فيه لنص المادة ٤٥ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م فإنه لما كانت الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورية القوانين واللوائح مناطها قيام تعارض بين نص قانوني وحكم في الدستور فإنه لا شأن لها بالتناقض بين نصين قانونيين سواء جمعهما قانون واحد أم تفرقا بين قانونين مختلفين)(١).

وبهذه المقارنة نجد التباين واضحاً في مسلك المحكمتين في هذا الشأن.

٣- فسرت الدائرة الدستورية النصوص وهي بصدد الفصل في النزاع المطروح وبينت أن الحظر قاصر على ترشيح الوزراء في مناطق عملهم، أما إذا ترشحوا في مواطنهم الأصلية فلا يلزم الإستقالة، وهذا هو جوهر الحل السياسي الذي أريد منه الإعلان ذاته حتى لا يتمكن رئيس الوزراء- الجنوبي- أن يترشح في العاصمة ولا يتمكن محافظ شمالي- آنذاك- أن يترشح في محافظة جنوبية إلا إذا ترشح في موطنه الأصلي- وهذا حقيقة ما تم(٢) وما يهمنا هنا هو مد ولاية الدائرة الدستورية إلى رقابة الإعلانات الصادرة من الإدارة والتقرير بعدم قانونيتها إعتمادا منها على أنها (قرارات) وكذا اختصاصها بتفسير النصوص حال الخلاف عليها وتحديد معناها الملزم للإدارة والكافة.

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢٠٠٢/١١/١٥م / ١١ شوال لسنة ١٤٢٣ هـ القضية رقم ٦٦٥ لسنة ٢٢ق دستورية، الجريدة الرسمية، العدد٥٢، بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/٢٦م.

(2) في هذا المعنى أنظر، الشيخ عبدالله بن حسين الأحمر، مذكرات الشيخ عبدالله حسين الأحمر قضايا ومواقف، مقالة منشورة بصحيفة الأهالي، العدد ٢٤، الثلاثاء ١٤٢٨/١٢/٢٣، الموافق ٢٠٠٨/١/١م، ص١٣.

٤- لم تكتف الدائرة الدستورية بتفسير القانون أثناء تعرضها لبحث دستوريته بل ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث أنشأت حكماً ونصت عليه وبهذا انشأت قاعدة قانونية مستوحاة من مفهومها للحل الذي وصلت إليه. ولم تلغ فقط الإعلان الذي أعتبرته قراراً من اللجنة العليا للانتخابات باعتبار أن وظيفة القضاء الإداري هي الإلغاء وحسب وإنما حكمت أنه (في هذه الحالة يتعين قبول ترشيح من يرغب منهم) فلا هي التي عاملت نفسها باعتبارها قضاء إلغاء ولا هي التي اكتفت بالرقابة على عدم الدستورية وحسب باعتبارها قضاءً دستورياً،ما يؤكد ما ذهبنا إليه من أن حكمها كان لحل خلاف سياسي أكثر منه قانونياً وفي عجالة من الامر .

٥- لم يكن منطقياً أن يترافع كيل وزارة الشئون القانونية عن المدعين ولذا جاء في الحكم أن الدعوى مرفوعة من المدعين: (قطاع قضايا الدولة بوزارة الشئون القانونية نيابة عن الحكومة منظماً إليها المدعين وهم رئيس الوزراء وبعض وزراء حكومته)، وطالما والدعوى بعدم الدستورية كان على وكيل الوزارة أن يدافع لا أن يترافع ضد القانون، وإن كانت الدعوى دعوى إلغاء إدارية كان على السادة الوزراء تكليف محام خاص وحينها يصح الدفاع من قبل محامي اللجنة العليا للانتخابات، ومع ذلك كلا المترافعين (المدعون والمدعى عليه) تمثيلهم القانوني مخالف لصريح القانون ومبادئ القضاء الدستوري.

٦- وحسناً فعل وكيل وزارة الشئون القانونية في مخالفته للقانون بترافعه وتقديمه للدعوى ابتداءً أمام الدائرة الدستورية ، فيفترض لهذا السبب أنه اقنع الدائرة الدستورية بقبول الدعوى الأصلية ابتداءً أمام المحكمة العليا. كما أصل في دعواه أن أي قرار يكون محلاً للطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا فنص على (إن ما اعلنته- اللجنة- يعتبر قراراً من قراراتها قد أصدرته في شكل إعلان في حين أن جوهره يعد قراراً مستوفياً لأركان القرار من حيث موضوع الإلزام الوارد فيه ومن حيث الأثر القانوني الذي يرتبه وهو حرمان من لم يقدم قرار قبول إستقالته من ترشيح نفسه لعضوية مجلس النواب الأمر الذي يحق معه لكل ذي صفة أو مصلحة الطعن بعدم دستورية هذا القرار أمام محكمتكم الموقرة لإنعقاد الإختصاص لها بنظر هذا الطعن في القرار المذكور إستنادا إلى حكم

المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية) [1]،وهذه القناعات كلها سيخالفها في رده على الدعوى الثانية والتي سنأتي لبيانها.

٧- ما يمكن أن يشار إليه من مزايا هذا الحكم الأول والفريد هو سرعة البت في القضية، فالدعوى رفعت بتاريخ ١٩٩٢/٣/١ وصدر الحكم بتاريخ ١٩٩٢/٣/٢١م وهو ما سيفتقر إليه الحكم التالي .

---

(1) نص الدعوى من الحكم المشار إليه، الجريدة الرسمية، العدد٦ بتاريخ ١٩٩٣/٣/٣١.

الفرع الثاني

اقرار الكفالة المالية

هذا الحكم الثاني للدائرة الدستورية والذي صدر مع الحكم الثالث- الذي نشير إليه لاحقاً- في يوم واحد وجلسة واحدة رغم أن الدعوى قدمت في هذا الحكم قبل الدعوى الثانية إلا أن الحكمين تضمنا قرارين مختلفين للدائرة الدستورية فيما يتعلق بحق التقاضي المكفول للجيمع وبيان موقف المحكمة العليا- ممثلة بالدائرة الدستورية- من إحاطة اللجوء للقضاء بقواعد وإجراءات معيبة قررت في الحكم الثالث أنه (إنكاراً للعدالة) في الوقت الذي أنشأت في هذه الدعوى قاعدة قانونية- عن طريق قرار إداري- لا تعدو أن تكون هي الأخرى من قبيل ما اسمته المحكمة بإنكار العدالة. كما سنبين ذلك من خلال استعراض وقائع الدعوى والأحداث والظروف التي صدرت فيها الأحكام. مع التأكيد مجدداً أن هذه القضية وهذا الحكم هو الثاني للدائرة الدستورية بالرغم مما جاء في مقدمة حكم المحكمة العليا من أن (الدائرة الدستورية إذ تقف أمام هذه الدعوى لأول مرة وفي سابقة لا عهد لها بمثلها) [1]، فهذا السهو لا يغتفر في حق المحكمة العليا حتى لو قيل بأن التشكيل القضائي الذي أصدر هذا الحكم غير التشكيل الذي أصدر الحكم الأول [2] لأن إصدار أحكام الدائرة الدستورية والمحكمة العليا لا يتوقف على ذاكرة الأعضاء وإنما على سجلات رسمية ناهيك أن الحكم السابق والأول صدر في الجريدة الرسمية وتم نشرة في جميع الفهارس الرسمية [3] ونأتي هنا لبيان

([1]) حكم الدائرة الدستورية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ دستورية، الجريدة الرسمية، العدد ١٩ الجزء الأول، ١٥ اكتوبر ٢٠٠١، الجلسة بتاريخ ٢٠٠١/١٠/٢. وانظر احمد الوادعي، المأزق الدستوري، مرجع سابق، ص٢٠٣.

([2]) في تشكيل المحكمة العليا- الدائرة الدستورية- التي أصدرت الحكم المشار إليه والحكم السابق يراجع: الملحق رقم ١ من هذه الرسالة علما بأن عضوين سابقين كانا في نفس التشكيل السابق والمعاصر إلى تاريخ البحث وهما: القاضي/ علي ناصر سالم- نائب رئيس المحكمة العليا والقاضي/ أحمد عمر بامطرف- رئيس الدائرة المدنية أ.

([3]) صدر الحكم الأول بتاريخ ٢١ مارس ١٩٩٣م ونشر في الجريدة الرسمية العدد السادس بتاريخ ٣١ مارس ١٩٩٣م. وأنظر فهرس الدليل التشريعي لمحتويات الجريدة الرسمية، يونيو ٢٠٠٣م، وزارة الشئون القانونية، ص١٣.

الدعوى وظروفها ودور المحكمة العليا في مناقشة ورد الدعوى وفصلها في دفوع الحكومة (المدعى عليها) في البنود التالية:-

أولاً: الدعوى وظروف تقديمها:

منذ صدور الدستور المعدل عام ١٩٩٤م لم تقدم أي دعوى دستورية ضد أي قانون سواء صدر القانون من مجلس النواب أو صدر بقرار جمهوري مع كثرتها وكذا لم يطعن ضد أي لائحة أو قرار، إلى أن أصدر قانون السلطة المحلية [1]. والذي تبنى صيغة مختلطة في طريقة تشكيل المجالس المحلية، فاختار المشرع القانوني طريقة الانتخاب للمجالس المحلية والإدارات المحلية الدنيا في الوقت الذي اختار طريقة التعيين للمحافظين من قبل رئيس الجمهورية وكذا رئيس المجلس المحلي.

هذا الأمر دفع جانباً من المحامين والمهتمين بالسياسة [2] إلى تقديم دعوى عدم دستورية قانون السلطة المحلية اعتماداً على أن طريقة التعيين تتعارض مع أهداف الدستور ونصوصه خاصة وأن الدستور قد أخذ على عاتقه مبدأ التداول السلمي للسلطة وانتخاب الشعب لممثليه وأن الشعب مالك السلطة ومصدرها، وكذا مخالفة طريقة التعيين للمحافظين ما نص عليه الدستور بوصفه (للمجالس المحلية المنتخبة) في المادة ١٤٤ منه [3] على اعتبار أن عبارة المنتخبة كوصف مضاف للمجالس المحلية ذات دلالة على أن المجالس يجب أن تكون منتخبة لا معينة.... إلى آخر ما ورد في الدعوى [4]، وقد طالب المدعون بعدة طلبات أولها

([1]) وهو قانون السلطة المحلية رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠م والذي صدر بتاريخ ٢٠٠٠/٢/١٠م وصدرت لائحته التنفيذية بتاريخ ٢٠٠٠/٨/٢١م.

([2]) المدعى هو المحامي/ أحمد علي الوادعي، وآخرون. يراجع: أحمد الوادعي، المأزق الدستوري، ص٣٤٣.

([3]) تنص المادة ١٤٤ من دستور ١٩٩٤م على أن (تتمتع الوحدات) الإدارية بالشخصية الاعتبارية ويكون لها مجالس محلية منتخبة انتخاباً حراً مباشراً....).

([4]) يراجع مقاطع الدعوى من نص الحكم المشار إليه في الجريدة الرسمية العدد ١٩ الجزء الأول، ص١٠٠، ونص الدعوى كاملة منشورة في، أحمد الوادعي، المأزق الدستوري، مرجع سابق، ص١٧٥. وما بعدها وفيه ناقش المؤلف جميع بنود الحكم الصادر في الدعوى، وفند أسانيده وأشار إلى كل الملاحظات عليه.

الحكم بـ(لا دستورية قانون السلطة المحلية رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ لإنطوائه على نصوص تخالف أحكام الدستور) كما طالبوا بتضمين الحكم توجيه اللوم الصريح إلى السلطة التنفيذية والبرلمانية [١]، ومن اللافت للنظر أن هذه الدعوى هي الوحيدة التي وجهت الدعوى ضد كلاً من: ١- رئيس الجمهورية، ٢- رئيس الوزراء، ٣- وزير الإدارة المحلية.

وقد أحسن المدعي أن وجه الدعوى ضد من أصدر القانون والقرار بقانون المنفذ لقانون السلطة المحلية حيث سبق الإشارة إلى أن الدعوى في الحكم الأول ونتيجة لغياب التجارب وجهت ضد النص مباشرة وكأنه جاء إلى الدنيا بنفسه وأن له شخصية إعتبارية يمكن أن يخاصم مباشرة، حتى في الحكم اللاحق الذي سنشير إليه لاحقاً كانت المدعو ضد النص وليست ضد مصدرة، ولذا ما إن ذكر صفة رئيس الجمهورية في الدعوى المرفوعة هنا حتى قامت الثائرة والغيرة من الدائرة الدستورية ونصبت نفسها في مقام الدفاع عن المدعى عليهم واعتبرت هذه الدعوى (لأول مرة وفي سابقة لا عهد لها بمثلها) [٢] وبالتالي (بات من المتعين عليها أن توصل لها وأن تؤسس لإجراءاتها تأصيلاً)[٣]، ووصفت من ذات نفسها الدعوى بأنها لن تلتفت إلى (ساقط القول ولغو الكلام الذي ران على الدعوى لجمعها بين لغة السياسية والفلسفة والتاريخ والأدلجة)[٤]- والوصف كله

الدعوى

---

(1) جاء في طلبات المدعون: (٢-توجيه اللوم الصريح إلى السلطة التنفيذية ممثلة في الحكومة التي أعدت مشروع القانون وإصدرته بعد إقراره من البرلمان بواسطة الأخ رئيس الجمهورية، وإلى السلطة التشريعية ممثلة في هيئة البرلمان وكتلة المؤتمر الشعبي العام التي أقرت القانون المذكور....

٣- الأمر بإعادة النظر في القانون.

٤- توجيه السلطتين التنفيذية والتشريعية بتعديل القانون في المواد المدرجة في الفقرة ١ من هذه الطلبات وفقاً للمعايير التالية....) ساق معاير كثيرة ، وهذه الطلبات لا يملك القضاء الدستوري الاستجابة لها لانها ليست من صلاحياته .

(2) من حكم المحكمة المشار إليه، الجريدة الرسمية، العدد ١٩، الجزء الأول، ص٩٦.

(3) المرجع السابق.

(4) المرجع السابق،هذه العبارات لو كانت مضمنة في رد الحكومة فلها أن تستبعد بسلطتها الألفاظ النابيه وأن تمارس الحيدة قبل أن تصدر أحكاما قبل الحكم في الدعوى.

من المحكمة العليا- (وبتزيد وإسراف حصل به التداخل وعم الاضطراب ووقع الخلط فضلاً عن عدم الترتيب)[1].

معتذرة بهذا الوصف عن عرض الدعوى وإن كانت بهذا الوصف قد ابتعدت كثيراً عن حياديتها المفترضة وما كان ينبغي لها أن تصف الدعوى بهذه الأوصاف. علماً أن النص الدستوري الذي يحكم النزاع المتعلق بنشأة السلطة المحلية في ظل دستور ١٩٩٤م هو لنص المادة ١٤٣ والذي جاء فيه (تقسم أراضي الجمهورية اليمنية إلى وحدات إدارية يبين القانون عددها وحدودها وتقسيماتها والأسس والمعايير العلمية التي يقوم عليها التقسيم الإداري، كما يبين القانون طريقة ترشيح وانتخاب واختيار رؤسائها ويحدد القانون إختصاصاتهم وإختصاصات رؤساء المصالح فيها)[2].

وهذا النص الدستوري هو الذي سيتغير أثناء نظر الدائرة الدستورية للدعوى وذلك لرفع الحرج عن الدائرة وحسم الخلاف، ولذا فإن أول عمل قامت به الدائرة هو تأخير البت في القضية حتى يصبح الدستور موافقاً للنص القانوني وليس العكس وبهذا الصدد نجد مبرر عدم ذكر تاريخ رفع الدعوى في حكم المحكمة- الدائرة الدستورية- حتى لا يتبين فترة التأخير وطولها [3].

فالتاريخ الذي رفعت فيه الدعوى بلا شك بعد إصدار القانون المطعون فيه وهو ٢٠٠٠/٢/١٠م بينما أصُدر الحكم في ٢٠٠١/١٠/٢م وتم الاستفتاء على الدستور الحالي بتاريخ ٢٠٠١/٤/٥م أثناء نظر الدعوى وما كان للدائرة أن تغيب

---

(1) المرجع السابق.

(2) النص الخاص بإنشاء السلطة المحلية في الدستور المستفتى عليه مطلع العام ١٩٩١م هو المادة ١١٨ والذي جاء فيها (يكون للوحدات الإدارية مجالس محلية منتخبة، ويحدد القانون ما يمنح لها من مهام وصلاحيات وحقوق وواجبات كما يبين القانون طريقة انتخابها ونظام عملها ومواردها المالية ودورها في إعداد وتنفيذ خطة التنمية).

(3) ذكر المحامي الرافع للدعوى في كتابة المأزق الدستوري، أن القضية حجزت للحكم في شعبان ١٤٢١هـ على أن تصدره في شوال ولكنها لم تصدره إلا في منتصف شهر رجب العام التالي ١٤٢٢هـ أي بعد ما يقرب من العام، أنظر المرجع نفسه، ص١٨١. علماً بأن رد الحكومة مؤرخ في ٢٠٠٠/٩/١٣ وطلب المحكمة للرد سابق عليها بشهر بتاريخ ٢٠٠٠/٨/٥م. أنظر أحمد الوادعي، المأزق الدستوري، مرجع سابق، ص٣٤٥.

تاريخ الدعوى اقتداءً بما قامت به في الأحكام اللاحقة والسابقة والتي صدر أحدها في نفس الجلسة التي صدر فيها هذا الحكم.

ثانياً: الرد والدفوع المقدمة من الحكومة:

مثل الحكومة- دفاعاً عن القانون- وكيل وزارة الشئون القانونية لقطاع قضايا الدولة وشئون مجلس النواب [١]، وهو النائب القانوني للحكومة وفقاً لقانون قضايا الدولة [٢] والمكلف بالدفاع عن القوانين واللوائح والقرارات.

وقد أعطته المحكمة العليا (الفرصة الكافية) للرد حتى يتم تعديل الدستور، والفصل بموجب التعديل الذي يزيل الأشكال موضع الدعوى.

وأهم وأخطر ما جاء في الرد هو إصراره بعدم قبول الدعوى لمخالفة الدعوى (القواعد المتعارف عليها والمعمول بها في أنظمة القضاء المماثلة) وضرورة الأخذ بتجارب تطبيقات الدعوى الدستورية التي أبرزها عربياً (جمهورية مصر العربية) واجنبياً الولايات المتحدة الأمريكية).

ولذا طالب بعدم قبول الدعوى لرفعها مباشرة أمام القضاء الدستوري دون خصومة سابقة ونظراً لعدم توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة (إذ لا فرق بين دعوى دستورية في اليمن أو في مصر أو في الكويت)[٣].

---

(1) وهو المحامي/ محمد إسماعيل النعمي، والذي كان مدعياً في الحكم الأول بصفته وكيلا للحكومة.

(2) القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٢م بشأن قضايا الدولة. ووفقاً للمادة ٤ من القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٩٦م.

(3) من نص الرد المقدم من محامي الحكومة، الحكم المشار إليه، الجريدة الرسمية، العدد١٩، الجزء الأول، ص١٠٥. وهو ما يخالف صراحة ما ورد بدعواه في الحكم الأول المشار إليه وما يخالف نص المادة ٣٣ من القانون المدني اليمني والتي تنص صراحة أن (يرجع في قواعد الاختصاص والمسائل الخاصة بالإجراءات القضائية إلى قانون البلد الذي ترفع فيه الدعوى)، والدعوى هنا مرفوعه في اليمن فكيف أجاز لنفسه النائب عن الحكومة محاولة إلزام المحكمة العليا بإجراءات رفع الدعوى الدستورية وفقا لقانون المحكمة الدستورية العليا بمصر أو الكويت مع اختلاف النصين الدستورين في طريقة رفع الدعوى الدستورية.

وطالب وفقاً لهذا بالحكم بصفة أصلية بعدم قبول الدعوى وبصفة احتياطية برفض الدعوى للأسباب سالفة الإشارة والحكم بالمصاريف وأتعاب المحاماة متناسياً وكيل المدعى عليهم أنه بذاته من قدم الدعوى المباشرة أمام الدائرة الدستورية في الحكم الأول سابق الإشارة إليه.

ثالثاً: دور المحكمة العليا- الدائرة الدستورية:

في الواقع أن المحكمة العليا ممثلة بالدائرة الدستورية قد تولت تفنيد الحجج التي اعتمد عليها رد الحكومة، ففيما يتعلق بمحاولة إلزام الدائرة الدستورية بالتجارب المتعلقة بالدول الأخرى والأنظمة القضائية الدستورية الأخرى فهذا الدفع (مردود عليه من جهتين من جهة كونه مؤسساً على تشريعات وأحكام قضائية أجنبية وهذا ممتنع العمل بها أخذاً بحكم المادة ٨ مرافعات [١] ومن جهة مخالفته الصريحة للمنصوص عليه في المادتين ٥٣ من الدستور والمادة ١٩ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م اللتين أجازتا رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة العليا بإحدى طريقين هما: طريق الدعوى المبتدأه وطريق الدفع بعدم الدستورية أثناء أو بمناسبة سير إجراءات الدعاوى المنظورة أمام محكمة الموضوع [٢].

وبهذا حسمت الدائرة الدستورية أي خلاف فيما يتعلق بتقديم الدعوى الدستورية ابتداءً ضد أي قانون أو لائحة أو قرار علماً بأن الحكومة قد تقدمت في الحكم السابق بدعوى عدم دستورية نص في قانون بدعوى ابتدائية أمام الدائرة الدستورية [٣].

أما فيما يتعلق بشرط المصلحة وتوافرها في الدعوى الدستورية فقد قرن المدعى عليه- ممثل الحكومة- شرط المصلحة بالشخصية والمباشرة فقد جاء رد

---

(1) تنص المادة ٨ من القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني (يتقيد القاضي في قضائه بالقوانين النافذة ويجب عليه تطبيق أحكامها).

(2) نص رد الدائرة الدستورية- الحكم الماشر إليه، الجريدة الرسمية، العدد١٩، الجزء الأول، ص١٠٧.

(3) والمدعى كان وكيل وزارة الشئون القانونية بصفته وشخصه وسبق الإشارة إليه في الحكم الأول والذي قدم الدفع في هذه القضية بعدم جواز رفع الدعوى مباشرة.

الدائرة الدستورية أن (المادة ٥٥ مرافعات التي قررت شرط المصلحة بقولها " لا تقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة تقرها القوانين النافذة" فالنص بصريح منطوقه يحمل نوعين من الدلالة دلالة العموم المستفاد من عبارة (أي دعوى...إلخ) ودلالة الإطلاق المستفاد من عبارة (لصاحبه فيه مصلحة) فعبارة (مصلحة) هذه لم يقرنها أو يشترط فيها أن تكون (شخصية ومباشرة) غاية ما هنالك أنه اشترط في المصلحة (أن تقرها القوانين النافذة)[١] وبالتالي ليس لصاحب الدفع أن يقرر في المصلحة أن تكون شخصية ومباشرة).

كما قررت الدائرة الدستورية أن المصلحة في الدعوى الدستورية تستهدف حماية الشرعية الدستورية وكفالة سيادة القانون والسمو لأحكام الدستور وذلك بإهدار النصوص القانونية المخالفة لأحكام الدستور وهذا كافي في توافر المصحلة لأي طاعن أمام المحكمة العليا بعدم دستورية أي قرار أو قانون لاختلاف متعلق المصلحة في الدعوى الدستورية عنها في الدعاوى العادية فالأخيرة تستهدف حماية حق ذاتي والأولى تستهدف حماية الشرعية الدستورية [٢] وهو المتحقق في الدعوى المرفوعة ولذا فيعتبر(الدفع غير مرشح للقبول ومتعين رفضه)[٣].

وبما أن الدائرة الدستورية قد رفضت دفع الحكومة وردت على مزاعمها بعدم القبول لرفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة العليا تأسياً بتجارب دول أخرى فإن عليها أن تدخل في موضوع دعوى عدم دستورية القانون وهذا ما تجنبته بأمرين:-

---

(1) رد المحكمة العليا- الدائرة الدستورية- على دفع الحكومة، الحكم المشار إليه مع أن وكيل الوزارة قد ساق من الأدلة على عدم جواز قبول الدعوى ما لم تكن المصلحة شخصية ومباشرة عدة أحكام صادرة من المحكمة الدستورية العليا بمصر، مع اختلاف طرق اتصال الدعوى الدستورية في كلا من النظامين القانونيين وساق في دعواه أو بالأصح في رده أن طرق الاتصال بالدعوى محصورة (بالدفع والإحالة والتصدي) وهي طرق الاتصال المعروفة في ظل قانون المحكمة الدستورية العليا بمصر.

(2) انظر في شرط المصلحة في الدعوى الدستورية: أ.د. يسري محمد العصار، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء وفي الدعوى الدستورية، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٤، ص١٦ وما بعدها.

(3) من حكم المحكمة المشار إليها، ص١٠٩.

الأول: إلزام المدعى بدفع كفالة مالية قدرها ١٠٠ ألف ريال يمني دون نص قانوني بها [١] وذلك عن طريق قرار إداري تبناه رئيس المحكمة العليا آنذاك.

وقد بررت ذلك بقولها أن سهولة التعاطي مع مثل هذه الدعوى- أي الدعوى الدستورية المتعلقة بعدم دستورية نص في قانون أولائحة- يستلزم وضع (منهج لا يضام، يجمع بين كفالة العدالة وحسن سيرها وضمان الوفاء بها وبين تحصينها وإبعادها عن العبث والتحمل والعنت ممن قد يظن بأنها باب مخلوع يلجه من لا عمل له أو أنها مسرح للتلهي أو متنزه لتزجيه الوقت وقتل الفراغ)[٢].

وبذلت الدائرة جهداً مستغرباً في ذكر شروط الدعوى الدستورية والتي حصرتها في شرطين الأول صدور القانون المدعى بعدم دستوريته والثاني شرط الكفالة (دون نص قانوني) والتي تؤكد أن دواعيه أوجب، (والمحكمة العليا إذ تقرر شرط الكفالة من حيث المبدأ فإنما تقرره بمعيار وسيط قوامه الاعتدال والمرونة فلا يكون مبالغاً فيه فيشكل عقبة في طريق العدالة ولا يستحقر فيتلاشى غرضه وتنتفي حكمته، ومسايرة لهذا فقد أرتؤي في سابق الكفالة المقررة في الطعون الانتخابية المقدرة (بمائة ألف ريال) وجرى تطبيق قضاء هذه المحكمة لعدة دورات انتخابية ما يصلح للأخذ به) وبهذه المبررات أنشأت المحكمة العليا قاعدة ملزمة بدفع ١٠٠ ألف ريال كفالة تقدم مع كل طعن بعدم الدستورية وتصادر إذا كان الحكم برفض الدعوى، فحّجبت الدعوى الدستورية إلا عن القادرين مالياً، وقيدت نص الدستور الذي جعل الدعوى الدستورية مبتداه مخالفة بهذا سالف قضائها ولاحقة ومخالفة للدستور والقوانين النافذة.

---

(1) أشار المدعي في كتابه أن رئيس المحكمة العليا القاضي زيد الجمرة قد طالب بدفع ثلاثمائة ألف ريال كفالة قبل إصدار الحكم لنظر الدعوى ولكن المدعون تظلموا من المبلغ فاجتمع مع أعضاء الدائرة وقرروا تقديرها بـ١٠٠ ألف ريال يمني يراجع: أحمد الوادعي، المأزق الدستوري، مرجع سابق، ص١٨٦.

(2) من رد المحكمة العليا على الدعوى، الحكم المشار إليه، ص٩٤. والمحكمة هنا تصف من يستعين بالقضاء ويلجأ إليه (يتنزه ويلهو) متناسية أن المصلحة التي قررتها في ذات الحكم هي حماية الشرعية الدستورية وعدم مخالفة أحكامه وهي متحققة في مقدم الدعوى ومتوافرة وبالتالي فهذا عمل المدعي وليس التنزه، كما أن المحكمة تود أن تقول أن القضاء بابه موصد وليس مخلوعاً وهو سجن لا يدخله المدعى أو المدعى عليه إلا كرها لقضاء عقوبة وليس للدفاع عن حق مشروع يكفله الدستور والقانون.

والسؤال المطروح على بساط البحث، هل يحق للدائرة الدستورية أن تضع قاعدة قانونية ملزمة؟ أم أن مهمتها قاصرة على الفصل في النزاع المتعلق بحماية النصوص الدستورية؟

فالمسلم به أنه في ظل النظام القانوني الذي يعتمد على السوابق القضائية فإن للقضاء (ممثلاً في أعلى هيئة قضائية فيه)- وفي ظل غياب النصوص القانونية- أن ينشئ من القواعد والمبادئ القضائية التي تصبح ملزمة للمحاكم الأدنى بما لا يخالف قاعدة مكتوبة أو عرفاً جرى العمل به ويستند إلى مبادئ العدالة.

أما في ظل النظم القانونية والتي تعتمد على القواعد القانونية المكتوبة فيضيق مجال القضاء في استحداث قواعد يمكن أن تصبح ملزمة لها وللمحاكم الأدنى، ويقتصر دور القضاء على التطبيق الحرفي لنصوص القانون- ما لم يتعرض عملها للبطلان- كما للقضاء في حدود سلطاته بتفسير النصوص أن يقوم بتأويل ما يقبل التأويل منها وفقاً لمتطلبات العدالة.

كما للقضاء أن يرسي بعض المبادئ التي تستخلص من أحكامه خارج نطاق النص- في منطقة فراغ النص- وبما لا يتعارض مع القواعد المكتوبة، وبالتالي ليس للقضاء في كل الأحوال أن ينشئ قواعد مكتوبة أو حتى سوابق قضائية إذا كانت هذه السوابق مخالفة للقانون والدستور وإن حدث لا يمكن التسليم بها ولا العمل بموجبها.

خاصة إذا كانت هذه السوابق تحد من حقوق الادعاء أمام القضاء أو تعيق اللجوء إلى القاضي الطبيعي مثل هذا الحكم الذي انشأ الكفالة المبالغ فيها والتي تعيق مباشرة حق الادعاء المكفول دستورياً فتخالف بذلك الدستور والقانون معاً.

ففيما يتعلق بمخالفة القرار الصادر من المحكمة للدستور فواضحة حيث ينص الدستور على عدم جواز إنشاء أي تكاليف عامة إلا بقانون [1]، وكذا (إنشاء الرسوم وجبايتها وأوجه صرفها وتعديلها والإعفاء منها لا يكون إلا بقانون)[2].

---

(1) تنص المادة ١٣ من دستور ١٩٩٤م الفقرة أ (.. ولا يجوز تكليف احد بأداء غير ذلك من الضرائب والتكاليف العامة إلا بقانون).

(2) الفقرة ب من المادة ١٣ من التعديل الدستوري ١٩٩٤م.

كما ينص الدستور على (حماية واحترام الملكية الخاصة فلا تمس إلا لضرورة ولمصلحة عامة وبتعويض عادل وفقاً للقانون) والمهم هنا أن لا يصدر تكليف بأداء رسم أو كفالة إلا بقانون، كما ينص الدستور على حق كل مواطن (في أن يلجأ إلى القضاء)(١).

وفيما يتعلق بمخالفة قرار المحكمة العليا للقانون فيتضح من خلال استعراض بعض أحكام قانون الرسوم القضائية، والقانون المدني، وقانون المرافعات والتنفيذ المدني.

فقانون الرسوم القضائية (٢) حدد الرسوم القضائية لكافة الدعاوى ومنها الدعاوى الدستورية وبملغ لا يتجاوز ٥٠ ريال في حدودها القصوى ووضع رسم بهذا المقدار احتاج إلى قانون فكيف بكفالة تصادر تصل إلى ١٠٠ ألف ريال، تحول من تقديم أي دعوى دستورية وبالتالي تعطل أحكام الدستور الذي حرص على منح كل مواطن حق تقديم الدعاوى بعدم الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية ومباشرة أمام الدائرة الدستورية دون سابق خصومة.

أما القانون المدني اليمني فقد حدد على سبيل الحصر المصادر الرسمية للقانون والذي يجب على القاضي أن يرجع إليها وليس من بينها أحكام المحاكم أو السوابق القضائية، فقد جاء النص على أن (يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافق لأصول الشريعة الإسلامية جملة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً ثابتاً ولا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة)(٣)، وبالتالي فأحكام القضاء والسوابق القضائية ليست من مصادر التشريع التي يلتزم بها القاضي عموماً والقاضي الدستوري على وجه الخصوص.

---

(1) المادة ٥١ من التعديل الدستوري ١٩٩٤م.

(2) المادة رقم (٤) القانون رقم لسنة ١٩٩٤م بشأن الرسوم القضائية.

(3) المادة رقم ١ من القانون المدني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م.

كما تظهر مخالفة الحكم - الذي قرر إلزام المدعي- ومن جاء من بعده- دفع كفالة قدرها رئيس المحكمة وصدرها في حكمه الشهير- لقانون المرافعات والتنفيذ المدني حيث يوجب على القاضي أن (يتقيد- في قضائه بالقوانين النافذة ويجب عليه تطبيق أحكامها)[1] والحال هنا أنه لا يوجد قانون نافذ يقرر هذه الكفالة ولا التزم الحكم بتطبيق هذا النص الذي يحدد الزام القضاء بالقوانين وحسب، كما ينص القانون على أن (تسري قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى وما لم يكن قد تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ويستثنى من ذلك:-

١- القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى.

٢- القوانين المنشئة أو الملغية أو المعدلة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها.

٣- القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها)[2].

والملاحظ أن القضاء يلتزم (بالقوانين وحسب) وليس بالقرارات الإدارية التي يرتجلها رئيس المحكمة ويجعلها في مصاف القوانين، ومع أن مثل هذا القرار لا يصحح حتى لو صدر بقانون لأنه سيكون مخالفاً للدستور إلا أن القانون لو صدر موافقاً لنص دستوري فلا يطبق بأثر رجعي فيما رفع من الطعون، والطعن أمام الدائرة تم رفعه دون قانون أو حتى قرار أو حكم ومع ذلك أصر رئيس المحكمة بإلزام الطاعن بأثر رجعي على ما قرره هو وصدره في حكمه، ومن هنا تظهر مخالفة الحكم للقواعد العامة في تنفيذ القوانين، فالأصل أن القاعدة القانونية لا تنفذ إلا من تاريخ صدورها ولا يمكن أن تسري بأثر رجعي.

والفرض هنا إذا كان من حق المحكمة العليا إصدار قاعدة قانونية ملزمة بدفع كفالة تمنع من قبول الدعوى حال عدم دفعها فهل للمحكمة إذا صدر قانون كهذا- من السلطة التشريعية- أن تخضع الدعاوى المنظورة سابقاً إلى مثل هذا القانون؟ بمعنى هل لها أن تلزم المدعين بالدعاوى المنظورة أمامها بتطبيق القانون بأثر رجعي؟ أم تكتف بتحقيق التكليف للدعاوى التي تلي صدور القانون؟

---

(1) المادة رقم ٨ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م.

(2) المادة رقم ١ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م.

الأصل أن ليس للمحكمة حال صدور قانون يلزم بدفع كفالة بهذا القدر إلا بالنسبة للدعاوى اللاحقة لصدور القانون، ومع ذلك فالمحكمة العليا قررت الكفالة وألزمت المدعي بدفع الكفالة بعد رفعه للدعوى قبل إصدار قرارها بالزامه بدفع الكفالة، مخالفة بهذا نص المادة ١٠٣، ١٠٤ من الدستور النافذ حينها (١).

بقى أن نؤكد أن قرار المحكمة العليا هذا يخالف قرارها وما ساقته من أدلة في الحكم الثالث الذي سنأتي لبيان أسانيده وحججه وهو كفيل بالرد على قرار المحكمة العليا المتعلق بسنها كفالة- دون قانون مقدارها ١٠٠ ألف ريال يمني- كان هذا الحديث متعلق بالعائق الأول الذي اتخذته الدائرة الدستورية لتمنع رفع الدعوى وبما أن المدعي تقدم بالكفالة فقد اتخذت المحكمة العليا الطريق الثاني من أجل رفع الحرج عنها وهو:-

الأمر الثاني: تأخير البت في القضية إلى أن تم التعديل الدستوري عام ٢٠٠١م.

سبق الإشارة إلى أن الحكم أغفل تاريخ الدعوى المرفوعة وأن المحكمة تكفلت بالرد وبعدم قبول الدفع المقدم من الحكومة وبأسانيد قانونية ، وبما أن القانون المطعون فيه صدر بتاريخ ٢٠٠٠/٢/١٠ وتقدم الطاعنون بعد هذا التاريخ مباشرة بالطعن فيه، وقبيل الانتخابات الرئاسية تم إجراء تعديل دستوري في

---

(1) المادة ١٠٣ من الدستور ١٩٩٤م تنص على أن (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية وتذاع خلال أسبوعين من تاريخ إصدارها ويعمل بها بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشرها، ويجوز مد أو قصر هذا الميعاد بنص خاص في القانون).
وتنص المادة ١٠٤ على أن (لاتسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولايترتب أثر على ما وقع قبل إصدارها ومع ذلك يجوز في غير المواد الضريبية والجزائية النص في القانون على خلاف ذلك وبموافقة ثلثي أعضاء المجلس).
ولاخلاف أن الكفالة التي ستصادر غرامة مالية أكبر من الضرائب التي لايجوز سنها مطلقا بأثر رجعي، ناهيك عن أن أي قانون يصدر بمثل هذه الكفالة يعتبر غير دستوري أيضا لمخالفته نصوص عديدة أولها حق المساواة وحق التقاضي، فالأخير مكفول للجميع وبإقرار الكفالة قانونا سيكون اللجوء للقضاء الدستوري حكرا على القادرين ماليا فيخل بهذا مبدأ أخر هو المساواة بين المواطنين ولذا ننبه إلى أن إصدار قانون لا يعطي شرعية لما قامت به المحكمة العليا وأن عليها أن تعدل عن هذا القرار المعيب من تلقاء نفسها لرفع الحرج عنها مستقبلا.

١٥/٤/٢٠٠١م تضمن نصاً صريحاً بجواز تعيين أعضاء السلطة المحلية وانتخابهم وذلك بتعديل المادة ١٤٢ ليصبح نصها (تقسم أراضي الجمهورية اليمنية إلى وحدات إدارية... كما يبين القانون طريقة ترشيح وانتخاب أو اختيار وتعيين رؤسائها...)[1] وبعد إدخال أو التخييرية لنص المادة وكذا القظ التعيين رفع الحرج واستندت المحكمة إلى أن (التعديل الأخير الذي أحال عليه- أي رئيس الدولة ووسع له الخيار في الأخذ بأي الطريقين أنسب- الانتخاب أو التعيين- للوصول إلى منصب المحافظ لا بل إلى رئاسة الوحدة الإدارية)[2].

وبهذا توصلت في حكمها إلى (قبول الدعوى شكلاً ورفضها موضوعاً، ومصادرة الكفالة والزام رافعي الدعوى بمبلغ خمسين ألف ريال اتعاب محاماة لصالح وزارة الشئون القانونية ونشر الحكم في الجريدة الرسمية).

وإذا كان الحكم الأول اريد من المحكمة ان تصدره خلال عشرين يوماً فقط فقد تم تأجيل الحكم في هذه القضية لأكثر من عام حتى تتم التعديلات الدستورية، وبهذا الحكم أصبح الدستور موافقاً للقانون وغدى القانون دستورياً [3]،

---

(1) المادة ١٤٥ من دستور ٢٠٠١م.

(2) من نص حكم المحكمة العليا، المشار إليه ١١٠ وما جاء بعد هذا من مبررات لغو وتكلف لامعنى له.

(3) وبهذا تم تعديل الدستور عن طريق إصدار قانون مخالف له وكان على المحكمة العليا طالما اسعفها التعديل الدستوري أن تنص على أن شبهة عدم الدستورية كانت قائمة في ظل الدستور الذي تم رفع الدعوى بمخالفته وأنه بعد التعديل لم يعد لهذه المخالفة وجه وبهذا تكون الدعوى مقبولة موضوعاً في ظل الدستور السابق أو أن تبحث عن مبررات سياسية أخرى للحكم بدستورية القانون غير ما أشارت إليه من إضافة أو ولفظ التعيين اللذين أقحما في التعديلات الدستورية وما يؤكد أن التعديل الدستوري كان مقصوداً منه رفع الحرج عن الدائرة الدستورية وان تاخيرها في البت كا متفقا عليه هو ما ورد في حيثيات طلب التعديل المقدم من رئيس الجمهورية حيث جاء فيها (ان مبررات تعديل المادة ١٤٣هو ازالة اللبس الذي نشأ لدي البعض - يعني رافعي الدعوى الدستورية - على الرغم من صحته وسلامة مدلوله والذي في ضوئه صدر القانون رقم ٤لعام ٢٠٠٠م بشأن السلطة المحلية).

واصبح القضاء الدستوري بهذا الحكم وسيلة أو طريقة لتعديل الدستور بغير الطريق الذي رسمه الدستور للتعديل .

والواقع ان موقف المحكمة العليا كان وما يزال حرجا للغاية فقد منعت من ان تكون سباقة الى إقرار طريقة انتخاب المحافظين في الوقت الذي بادر حينها رئيس الجمهورية بعد اعلان فوزة في الانتخابات من تبني مبدأ انتخاب المحليات بما فيهم المحافظين وبعد فوزه في إنتخابات عام ٢٠٠٦م بادر بطلب تعديل القانون المتعلق بالسلطة المحلية فكان له ذلك ، إلا ان القانون قصر حق الانتخاب للمحافظين عن طريق اعضاء المجالس المحلية المنتخبين (١) .

ونأتي هنا لبيان اتجاه المحكمة العليا في حكمها الثالث الشهير على النحو التالي:

(1) تمت الانتخابات في ٢٠٠٨/٥/١٧م واعلن رئيس الجمهورية بعد الانتخابات ان هذه خطوة نحو اللامركزية وسيتبعها خطوات بحيث يمكن انتخاب المحافظ مباشرة من الشعب .

الفرع الثالث

عدم دستورية أي إجراء يعيق حق التقاضي

نأتي للحديث عن الحكم الثالث في تاريخ الدائرة الدستورية وهو الحكم الأول الذي تقرر فيه الدائرة عدم دستورية نص قانوني لمخالفته نصوص الدستور،وبما أن الحكمين صدرا في نفس الجلسة ٢٠٠١/١٠/٢م [1] وتضمنا تناقضاً واضحاً في النتيجة والاستدلال والمآل، خاصة فيما يتعلق بحق التقاضي وحق اللجوء للقضاء وموقف المحكمة من الإجراءات التي قد تعيق اللجوء للقضاء، ففي الحكم السالف نجد المحكمة تقرر من ذات نفسها وبأثر رجعي إلزام الطاعن بعدم الدستورية تقديم كفالة يتم مصادرتها مقدراها ١٠٠ ألف ريال فما هو موقف المحكمة في هذا الحكم من مثل هذا الإجراء..؟؟

هذا ما نبينه من خلال استعراض وقائع القضية والطعن بعدم الدستورية وموقف المحكمة العليا والأسانيد التي بنت عليه حكمها، على النحو التالي:-

أولاً: وقائع القضية والدعوى:

دخلت إحدى شركات إنتاج الدواجن في منازعات ضريبية عجزت عن حلها عبر لجان الطعن الضريبية رغم دفعها بانتفاء صفتها كمكلف لأنها معفاة من الضريبة بموجب المادة ١٥ من قانون ضرائب الدخل رقم ١٣ لسنة ١٩٩١م، فأرادت ممارسة حقها في اللجوء للقضاء غير أن حقها هذا اصطدم بالمادة ٧٨ الفقرة ب من قانون ضرائب الدخل رقم ١٩٩١/٣١م التي تقف أمامها سداً منيعاً تمنعها من التقاضي لأنها تفرض عليها سداد ٥٠% من الضريبة المقررة عليها بغير حق، وبهذا يكون هذا النص قد منعها من حق مقرر لها شرعاً وقانوناً

---

(1) قدمت الدعوى بتاريخ ٢٠٠٠/٩/٢١ وصدر الحكم بتاريخ ٢٠٠١/١٠/٢م وقد تم تأجيل إصدار الحكم ليوافق تاريخ الحكم السابق الإشارة والذي اعتبرته المحكمة الأول ليكون إصدار الحكمين في نفس اليوم وكأن المحكمة تريد إثبات استقلالها بإصدار حكم بعدم الدستورية في قضية وفي أخرى خلاف ذلك ولم توفق نظرا لتعارض الحكمين في التأصيل.

ودستوراً، وإن هذا النص مخالف لنص المادة ٥٠ من الدستور النافذ آنذاك [١]، ومخالف لنص المادة ٦ من الدستور المؤكدة للعمل بميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان وأن من أهم ما نص عليه الميثاق العالمي هو كفالة حق التقاضي بدون أي قيد ومساواة الطرفين أمام القضاء دون ترجيح حق أحدهما على حق الآخر [٢]، وبهذا الطعن تقدمت المدعية شركة الدواجن ضد النص الطعين أمام المحكمة العليا ولم تستخدم حق الدفع أمام المحكمة المختصة، وقد قامت وزارة الشئون القانونية ،الممثل القانوني للدولة بموجب القانون [٣] بالرد على الدعوى وطالبت برفضها لعدم صحتها والحكم بالمصاريف وأتعاب المحاماة[٤].

ثانياً: دور المحكمة العليا- الدائرة الدستورية:

في معرض رد المحكمة العليا وتفنيدها للمبررات التي تقدمت بها وزارة الشئون القانونية، أكدت المحكمة أنه.(إذا كان الدستور يحيل إلى القانون في وضع شروط ممارسة تلك الحقوق فإن المشرع مقيد فيما يضعه من شروط بأن لا يضع من الشروط ما يحول دون ممارستها، وأن لا يضع من الشروط ما لا يتفق مع طبيعة تلك الحقوق أي أنه لا خلاف في أن الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية غير أن هذه السلطة مقيدة بالضوابط التي يضعها الدستور مانح هذه السلطة وبما لا ينال من طبيعة تلك الحقوق أو يجردها من لوازمها ولا يتعارض التنظيم مع أهدف الحق، وحق التقاضي بوصفه حق دستوري أصيل لا يوجد ما يمنع من تنظيمه تشريعياً بشرط ألا يتخذ المشرع هذا التنظيم وسيلة لحظر ممارسة هذا الحق أو إهداره أو إثقاله بأعباء مالية أو

---

(1) المادة ٥١ من دستور ١٩٩٤م والتي تنص على أن (يحق للمواطن أن يلجأ إلى القضاء لحماية حقوقه ومصالحه المشروعة.....).

(2) من نص حكم المحكمة العليا- الدائرة الدستورية- رقم ٢ لسنة ٢٠٠٠م الصادر بجلسة ٢٠٠١/١٠/٢م. الجريدة الرسمية، العدد ١٩، الجزء الأول، ص١١٧.

(3) قانون قضايا الدولة رقم ٣٠ لسنة ١٩٩٦م.

(4) ومع أن رد الحكومة متزامن مع الرد على الدعوى المتعلقة بقانون السلطة المحلية سابق الإشارة إلا أنها لم تنكر هنا على الطاعن استخدامه للطعن المباشر كما فعلت في الحكم السابق منكرة إقامة الدعوى الأصلية والمباشرة .

الحيلولة دون ممارسته بعوائق إجرائية إن حق التقاضي مكفول بالدستور ويفترض ابتداءً وبداهة تمكين كل متقاض من اللجوء إلى القضاء بيسر)(1).

وخلصت المحكمة العليا إلى قاعدة صدرتها في مقدمة (القواعد القضائية) المستخلصة من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، وهذه القاعدة بحق تستحق أن تكون لها مكان الصدارة من بين القواعد القضائية ونصها أن (وضع العراقيل أمام محاولة خصم يبتغي اللجوء إلى القضاء أو منعها أو إحاطتها بقواعد إجرائية معيبة لا يعدو أن يكون إنكاراً للعدالة) (2)، واشتراط عدم قبول الدعوى ما لم يقم الخصم بسداد نصف ما يطالب به خصمه لا يعدو والحال كذلك أن يكون إخلالاً بحق التقاضي المنصوص عليه في الدستور وحداً من الحق في اللجوء إلى القضاء للحصول على حق أو ضمانة أو إثباته، وعلاوة على ذلك فإن اشتراط المشرع على المحكمة عدم قبول دعوى خصم ما لم يقم بسداد ما يطالب به خصمه كلياً أو جزئياً هو هدم لأحد أهم مبادئ التقاضي وهو المساواة بين الخصوم المتفرع من مبدأ المساواة الوارد في المادة ٤١ من الدستور وخلصت المحكمة العليا إلى (عدم دستورية البند ب الوارد في المادة ٧٨ من قانون ضرائب الدخل رقم ١٩٩١/٣٣١م وقبول الدعوى وإلزام الحكومة بمبلغ عشرين ألف ريال اتعاب محاماة ونشر الحكم في الجريدة الرسمية)(3).

وبهذا يكون هذا أول حكم للدائرة الدستورية تحكم فيه بعدم الدستورية وقد استخلصت فيه مبادئ قضائية ناقضت ما حكمت به في الحكم السابق المشار إليه والصادر في نفس الجلسة والمتعلق بقرارها إلزام رافع الدعوى الدستورية بتقديم كفالة ١٠٠ ألف ريال لتحول بين الطاعن وحقه في اللجوء للقضاء، فهلا طالع الأعضاء الموقرون حكمهم هذا وما سلف لرفع التناقض والإشكال؟! (4)

---

(1) من نص الحكم المشار إليه، المرجع السابق، ص١٢١.

(2) المحكمة العليا المكتب الفني، كتاب القواعد القضائية المستخلصة من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزء الأول، دستوري، ٢٠٠٥م، ص٦٠.

(3) نص حكم المحكمة العليا في القضية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٠م دستورية، الجريدة الرسمية، العدد ١٩/ج، الأول، ص١٢٢.

(4) من التناقض أن الحكمين في نفس الجلسة ٢٠٠١/١٠/٢ الأول حكمت فيه بدستورية النص وبالتالي مصادرة الكفالة ١٠٠ ألف ريال وإلزام الطاعن باتعاب محاماة مقدارها

كما يلاحظ في الدعوى أن وزارة الشئون القانونية لم تنكر في ردها على محامي الادعاء تقديم دعواه بعدم دستورية النص الطعين إلى المحكمة العليا مباشرة مع أن الدعويين قدمتا في شهر واحد وكان رد الوزارة في نفس الشهر الذي قدمت فيه الرد على الدعوى المتعلقة بقانون السلطة المحلية فتاريخ إبلاغ الوزارة بالرد على دعوى عدم دستورية قانون السلطة المحلية في ٢٠٠٠/٨/٥م وردها كان بتاريخ ٢٠٠٠/٩/١٣م (1) وهذه الدعوى مقدمة في ٢٠٠٠/٩/٢١م (2).

وردها مباشرة على الدعوى ولم يتضمن الإنكار لتقديم الدعاوى مباشرة أمام الدائرة الدستورية.

وبهذا ننهي الحديث عن موقف الدائرة الدستورية من حق اللجوء للقضاء ونأتي هنا للحديث عن موقف المحكمة من الطعن بالالتماس في الأحكام الصادرة من الدائرة الدستورية وذلك في حكمها الرابع والأخير إلى تاريخ بحثنا هذا وذلك على النحو التالي.

---

٥٠ ألف ريال تدفع للحكومة بينما حكمت هنا بعدم دستورية النص والزمت الحكومة بدفع ٢٠ ألف ريال اتعاب محاماة للطاعن شركة الدواجن،ناهيك عن المخالفة الجوهرية لمضمون الحكمين فيما يتعلق بحق التقاضي وموقف المحكمة العليا من تنظيم إجراءات رفع الدعاوى.

(1) يراجع أحمد الوادعي، المأزق الدستوري، مرجع سابق، ص٣٤٦.

(2) أنظر حكم المحكمة العليا، الجريدة الرسمية العدد ١٩، التاريخ ٢٠٠١/١٠/١٥م، ص١١٦.

الفرع الرابع

عدم جواز التماس احكام القضاء الدستوري

في هذه القضية سنحت الفرصة أمام الدائرة الدستورية لتقرر قاعدة قضائية في سابقه لو لم تكن الدعوى هذه ماثلة أمامها لما تمكنت من مجرد إثارتها على المستوى الفقهي.

والحكم المشار إليه يتعلق بسؤال: هل يمكن الطعن أمام الدائرة الدستورية في حكم صادر منها بعدم دستورية نص في قانون؟؟

في الحكم السابق أصدرت الدائرة الدستورية حكماً قضى بعدم دستورية نص في قانون الضرائب، وكان ممثل الحكومة- دفاعاً عن القانون- وزارة الشئون القانونية، وما إن صدر الحكم تقدمت مصلحة الضرائب بالتماس إعادة النظر في الحكم السالف مع أن الحكم ضد مصدر القرار ومتعلق بإلغاء نص قانوني رأت أنه مخالف للدستور ودللت على ذلك بأسانيد قوية وقد أثار هذا الطعن بالإلتماس قضيتين الأولى من يمثل الحكومة في الدفاع عن القانون المطعون فيه؟ وهل يمكن الطعن في أحكام الدائرة الدستورية المتعلقة بدستورية أو عدم دستورية نص في قانون عن طريق التماس اعادة النظر؟

الدائرة الدستورية حسمت الخلاف أن (رقابة المحكمة العليا على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات لا تحتاج إلى تحقيق موضوعي لوقائع لو كانت تحت نظر المحكمة عند إصدارها الحكم لتغير قضاؤها في شأن عدم دستورية التشريع لذلك فإن من غير المتصور الطعن بطريق إلتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية)[1].

ولذلك خلصت إلى (عدم قبول الالتماس وعدم جوازه أصلا)[2]، ومن المؤكد عدم جواز تقديم الالتماس وإعادة النظر لا يسري على ما تصدره المحكمة العليا- الدائرة الدستورية- من أحكام متعلقة بمحاكمة المتهمين من شاغلي وظائف

---

(1) المحكمة العليا، المكتب الفني، القواعد القضائية، مرجع سابق، ص٦٣.

(2) الحكم المشار إليه، المحكمة العليا، القضية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١م، جلسة ٢٠٠٢/١/٢٠م.

السلطات العليا بالرغم من أن محاكمتهم أمام المحكمة عن طريق الدعوى الابتدائية أي أنها تنظر القضية ابتداءً وليس كمحكمة تنقض.

اما القضية الثانية التي اثارها الحكم وتجاهلتها المحكمة فهي المتعلقة بالتمثيل القانوني امام الدائرة الدستورية (الصفة) في الدعاوى والدفوع المتعلقة بعدم الدستورية .

فالاصل ان القانون المتعلق بقضايا الدولة قد حدد الممثل القانوني للدفاع عن القوانين امام الدائرة الدستورية وحصر ذلك الحق في وزارة الشئون القانونية دون غيرها ، ومع ذلك قامت مصلحة الضرائب بتقديم الالتماس ولم تكن ممثلة في الحكم الصادر بشأنه طلب التماس اعادة النظر ولا يمنحها القانون صفة قانونية للدفاع عنه ، ولم تشر المحكمة العليا الى مسألة انعدام صفة مقدمة الالتماس وتجاهلت ذلك باعتبار ان ما ساقته من قاعدة عدم جواز تقديم الالتماس في الاحكام المتعلقة بالدعاوى الدستورية كاف لرفض اي التماس من اي جهة كانت .

وبهذا ننهي المباحث المتعلقة بالإتجاهات التي خلصت إليها الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بالجمهورية اليمنية وننهي الحديث عن تشكيل القضاء الدستوري في اليمن ونأتي للحديث عن مواضع الباب الثاني بعون الله تعالى وتوفيقه.

الباب الثاني

إتصال القضاء الدستوري بالدعوى الدستورية

وإصدار الحكم فيها

نخصص هذا الباب لدراسة طرق رفع الدعوى الدستورية وإجراءات الطعن بعدم الدستورية وكذا من له الحق في الطعن بعدم الدستورية في الفصل الأول، ونخصص الفصل الثاني لدراسة إصدار الحكم بعدم الدستورية وحجية الحكم وتنفيذه، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: طرق الطعن بعدم الدستورية .

الفصل الثاني: إصدار الحكم بعدم الدستورية .

الفصل الأول

طرق الطعن بعدم الدستورية

هذا الفصل مخصص لدراسة طرق اتصال القضاء الدستوري بالدعوى الدستورية وبالتالي فهو مخصص لدراسة من له حق رفع الدعوى الدستورية أمام القضاء الدستوري، وسنبين طرق الطعن بعدم الدستورية ونبين في كل طريقة من له حق رفع الدعوى بعدم الدستورية،ولذا سيتم دراسة هذا الفصل في المباحث التالية:

المبحث الأول: الدعوى الأصلية بعدم الدستورية .

المبحث الثاني: الدفع الفرعي بعدم الدستورية .

المبحث الثالث: الإحالة من محكمة الموضوع .

المبحث الرابع: التصدي .

المبحث الأول
الدعوى الأصلية بعدم الدستورية

يجمع الفقه على أن (هناك ارتباطاً كبيراً بين طريقة تنظيم الرقابة على دستورية التشريع- من حيث مركزية الرقابة أو عدم مركزيتها- وطريقة الطعن في القوانين من ناحية)(1) وكذلك الجزاء الذي تقرره الهيئة المختصة بالرقابة من ناحية أخرى.

ففي ظل مركزية الرقابة على دستورية القوانين وإنشاء محكمة دستورية خاصة تنفرد بالنظر في دستورية القوانين يسمح عادة بتقرير الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، كما يسمح بتقرير البطلان كجزاء عام لمخالفة الدستور، ولذا فمن غير المعقول أن تترك هذه السلطة- الحاسمة والشديدة في إبطال القوانين- في أيدي المحاكم العادية باختلاف درجاتها (2)، نظراً لأن الدعوى الأصلية تستهدف إلغاء القانون أو النص الطعين وليس مجرد عدم تطبيقه على الطاعن.

ولذا فالأصل أن إتاحة الطعن عن طريق الدعوى الأصلية لا يتم إلا في ظل مركزية الرقابة- غالباً (3)، والتي تتخذ إحدى الصورتين إما أن تجعل الاختصاص لمحكمة دستورية متخصصة (4)، أو أن تجعل الاختصاص للمحكمة

---

(1) أ.د. احمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٥٨٠. أ.د. عثمان الصالح، مرجع سابق، ص٦٥٦.

(2) أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٢٩.

(3) احترازا من بعض الأنظمة الدستورية التي تجعل الرقابة على دستورية القوانين في محكمة متخصصة ولاتتيح الطعن مباشرة ضد القوانين مثل مصر.

(4) من أمثلة الدول التي تأخذ بنظام المحكمة الدستورية المتخصصة، تركيا في دستورها ٩ يوليو ١٩٦١م والنمسا (دستور ١٩٢٠ المعدل ١٩٢٩م كذا دستور ١٩٥٤) وتشيكوسلوفاكيا (دستور ١٩٢٠) وإيطاليا (دستور ١٩٤٧) وبعض دويلات ألمانيا الاتحادية سابقا وألمانيا الغربية سابقا (دستور ١٩٤٩) وأسبانيا (دستور ١٩٣١)، وسويسرا (دستور ١٨٧٤) وكوبا (دستور ١٩٣٤) ، والعراق في دستورها الملكي (دستور ١٩٢٥) وسوريا (دستور ١٩٥٠) قبل وحدتها مع مصر، وليبيا (دستور ١٩٥٣)، والسودان (دستور ١٩٩٨) ودستور مملكة البحرين سنة ٢٠٠٢. وإن كان البعض قد قصر حق الطعن المباشر ضد القوانين أمام المحكمة المتخصصة للهيئات دون الأفراد مثل تشيكوسلوفاكيا والنمسا يراجع: أ.د.عثمان الصالح، مرجع سابق، ص٦٥٧. أ.د. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص١٢٩. أ.د. احمد كمال ابو المجد، مرجع سابق، ص٥٨٠.

العليا في النظام القضائي العادي [1]، والأخير هو ما أخذ به دستور الجمهورية اليمنية حيث جعل المحكمة العليا هي المختصة (بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات)[2]، وأناط بالدائرة الدستورية (الفصل في الطعون التي ترفع إليها بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات سواء عن طريق الدعوى المبتدأة أو الدفع) [3] فهذا النص واضح في إقرار حق الأفراد جميعاً بإقامة الدعوى الأصلية مباشرة أمام المحكمة العليا ضد أي قانون صدر بالمخالفة لأحكام الدستور.

فالدعوى الأصلية تتيح لذوي الشأن بالطعن مباشرة ودون حاجة إلى أن ينتظر تطبيق القانون [4] ولهم أن يطلبوا إلغاء القانون ولذا تعتبر هذه الطريقة حاسمة وفعالة لأن الدعوى الأصلية أسلوب يتميز بطابع الهجوم على القانون أو اللائحة بحيث لا ينتظر الطاعن تطبيق التشريع عليه بل يكفي أن يكون قابلاً للتطبيق [5].

ونظرا للنتائج الهامة التي تستتبع الأخذ بطريقة الدعوى الأصلية في الطعن ضد القوانين واللوائح فإن إقرارها يحتاج لنص دستوري أو تفويض من الدستور للقانون بالأخذ بها، والملاحظ أن بعض النظم الدستورية التي أخذت بفكرة مركزية الرقابة على دستورية القوانين وجعلت للفصل في دعاوى الدستورية قضاءً متخصصاً لم تتح الطعن مباشرة وبطريقة أصلية في الدعاوى الدستورية وبالتالي ضيقت من حق الأفراد في رفع الدعاوى الأصلية ضد القوانين ومن بينها مصر والتي يوجد بها قضاء دستوري متخصص ولكنها لم تتح الطعن مباشرة بطريقة الدعوى الأصلية كما سعت دول أخرى إلى التقليل من أخطار

---

(1) من أمثلة الدول الجمهورية اليمنية في دستور ١٩٩٠ وتعديلاته ١٩٩٤، ٢٠٠١ وكولومبيا (دستور ١٨٨٦)، فنزويلا (دستور ١٩٣١) هايتي (دستور ١٩٢٨) والسودان (دستور ١٩٧٣) والصومال (١٩٦٠) وليبيا (دستور ١٩٦٣) بعد تعديل الدستور السابق.

(2) دستور الجمهورية اليمنية ٢٠٠١، المادة ١٥٣/أ.

(3) قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩١م، المادة ١٩.

(4) أ.د. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص١٢٩.

(5) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٩٥.

إقرار الدعوى الأصلية وذلك بتحديد موعد لتقديم الطعون مباشرة تفاديا لما تمثله هذه الطريقة من مخاطر على الاستقرار التشريعي في البلد[١].

والواقع أن منح الأفراد حق الطعن المباشر بطريقة الدعوى الأصلية يجعل من الرقابة الشعبية على الهيئة التشريعية فعالة ومستمرة ويجسد مبدأ حكم الشعب [٢]، وكذا المشاركة الشعبية في المحافظة على الدستور الذي أقره الشعب وأن حرمان الأفراد من حق الطعن المباشر يقلل من تلك الرقابة التي لا غنى عنها في ظل ضعف أداء المؤسسات التشريعية.

وتزداد الحاجة إلى تيسير الرقابة الدستورية بالدعوى الأصلية إذا ما علمنا أنه قد يتربع على قمة السلطة التنفيذية من لا يمت إلى المعرفة القانونية بصلة- وهذه السلطة وفقاً لنصوص الدستور هي من تصدر القوانين- وكذلك إذا ما علمنا بأن من بين من يتولى مهمة التشريع (اقتراحاً وتعديلاً) أعضاء في السلطة التشريعية فيهم من لا يصلح لأن يتولى أي مهمة عامة مطلقاً- هنا تتضاعف الحاجة إلى الرقابة على دستورية القوانين صوناً للحريات وحفاظاً على الحقوق التي كفلها الدستور للأفراد.

وإذا ما أقر الدستور حق الأفراد في الطعن بطريقة الدعوى الأصلية ضد القوانين واللوائح فلا ينبغي للمشرع العادي أن يقيد هذا الحق إلى الدرجة التي تعطله وتمنع فوائدة والغرض الذي أقر من أجله وهو المحافظة على أحكام الدستور من التعديل بطريقة غير دستوري، ومن باب أولى ليس للقضاء أن يقيد أو يعطل هذا الأسلوب الفعال في الرقابة على دستورية القوانين. وهذا ما يدفعنا إلى أن ننعي على حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا باليمن والتي فرضت رسماً قضائياً مبالغاً فيه- في الدعوى الدستورية- بالرغم من النص على الدعوى

---

(1) من الدول التي يسرت سبل الطعن المباشر ضد القوانين سويسرا وسمحت للمواطنين تقديم الطعون خلال ستين يوماً من تاريخ صدور القوانين يراجع في هذا: أ.د. عثمان الصالح، مرجع سابق، ص٦٥٧ هامش ، ومنها الدستور الليبي ١٩٥١م، المادة ١٦ يراجع: أ.د. يحيى الجمل، بحث عن الرقابة على دستورية القوانين في المملكة الليبية، مجلة القوانين والاقتصاد، ١٩٦٤م.

(2) كما يجسد واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في الفكر الإسلامي وهي ما تعرف بدعوى الحسبة.

الأصلية في صلب الدستور وقانون السلطة القضائية، وأن هذه الضمانة تعد إخلالاً بحق التقاضي وإرهاقه بقيود لا يقتضيها تنظيمه وليس في فرض الغرامة المقدمة والمقدرة (بمائة ألف) سوى تقييد لحق الطعن المباشر المقر بنص دستوري ،الأمر الذي يحول دون اللجوء للقضاء، فلا يجوز أن يكون اللجوء إلى القضاء (محملاً بأعباء مالية أو إجرائية تقيد أو تعطل أصل الحق فيه ولا أن يكون منظماً بنصوص قانونية ترهق الطريق إليه، وتجعل من التداعي مخاطرة لا تؤمن عواقبها مقترناً بتكلفة تفتقر إلى سببها)(1) فإلزام الطاعن تقديم مبلغ مائة ألف ريال جزاء استخدامه لحق نص عليه الدستور دون نص في القانون فيه إرهاق للطاعن دون مسوغ قانوني، والقول بأن هذا المبلغ ضمان يرد عند الحكم له أمر يجافي العدالة والمنطق لأن معنى ذلك أن يكون الطاعن علاوة على مبلغه درجة الإجتهاد المطلق حتى يضمن نجاح دعواه أن يكون موافقاً في مذهبه وفكره السياسي والقانوني الاتجاه الغالب لدى أعضاء الدائرة الدستورية فإن هو خالفهم فيما ذهب إليه غُرم وأنزل به جزاء مدنياً باهظاً لمجرد استعماله لحق كفله الدستور مثرياً الخزانة العامة على حسابه بلا سبب ،ولذا نذهب إلى أن ما سنته المحكمة العليا لنفسها يفتقر إلى السند القانوني ويعطل أحكام الدستور ويحمل المواطن الطاعن وفقاً لأحكام الدستور بعبء مالي لا يستقيم ومفهوم العدل المنشود ولايسعى إلى حماية النصوص الدستورية الذي انشئت من أجله الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا.

وبعد أن بينا أسس الدعوى الأصلية ونتائجها التي من أهمها إعطاء القضاء الدستوري حق إلغاء التشريع المخالف للدستور وإبطال آثاره، نأتي هنا لبيان من لهم حق رفع الدعوى الأصلية في المطلب الأول ، وموقف القضاء اليمني من الدعوى الأصلية في المطلب الثاني على النحو التالي:

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر، الجلسة ٢٠٠٠/١/١م ٢٤ رمضان ١٤٢٠هـ القضية رقم ١٠٦ لسنة ١٩ دستورية.

المطلب الأول

أصحاب الحق في رفع الدعوى الأصلية

أشرنا إلى أن الدعوى الأصلية تتيح مهاجمة القانون أو اللائحة مباشرة أمام القضاء بقصد إلغاء التشريع وإبطال آثاره ، ولكن هل يتاح استخدام هذا الأسلوب للجميع أم أن ثمة قيود تضعها بعض النظم الدستورية لترشيد استخدام الدعوى الأصلية من أجل الحد من سيل الطعون التي يمكن أن تقام أمام القضاء الدستوري ، (فمن القواعد المستقرة أن القضاء الدستوري لا يجوز له أن يتعرض لتقرير ما إذا كان التشريع مطابقاً للدستور أم غير مطابق له بدون طلب أو دعوى ترفع أمامه) [1].

كما أن النظم الدستورية تختلف فيما بينها في تحديد الأشخاص الذين يجوز لهم رفع الطعن بعدم الدستورية مباشرة أمام القضاء الدستوري وبدعوى أصلية مبتدأة، ويمكن حصر أصحاب الحق في الطعن المباشر بطريق الدعوى الأصلية إلى مجموعتين: الأولى :هي التي تحصر هذا الحق في هيئات وسلطات معينة ، والثانية : تجعل لجميع الأفراد الحق في إقامة الدعوى المباشرة والأصلية ضد القانون ، وندرسها في الفرعين التاليين كلاً على حده:

---

(1) أ.د. رمزي الشاعر، الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون، السنة الرابعة، العدد٢، يوليو ١٩٩٦، ص٤٩.

الفرع الأول

النظم الدستورية التي تقصر حق تحريك دعوى الدستورية على هيئات معينة

المقصود هنا تحريك الدعوى الأصلية - في ظل نظام مركزية الرقابة على دستورية القوانين- أما تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدفع المقدم أمام القضاء العادي بمناسبة دعوى منظورة سابقاً فهذا أمر تكاد جميع النظم الدستورية- التي تقر مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين- أن تجمع على إتاحته لجميع الأفراد وبشروط منها توافر المصلحة الشخصية لمقدم الدفع بعدم دستورية النص، وأن يكون ذلك بمناسبة الفصل في خصومة موضوعية حقيقية وجادة .

عوداً على بدء هناك من النظم الدستورية التي خصصت هيئات أو مجالس دستورية للفصل في الدعاوى الدستورية تقصر حق تحريك دعوى عدم الدستورية على هيئات معينة بذاتها وذلك بالطعن مباشرة ضد القوانين المخالفة للدستور وبطريقة الدعوى المبتدأة أو الطلب المباشر والمقدم من تلك الهيئات والمؤسسات السياسية ومن هذه النظم الدستورية القانون الأساسي اللبناني حيث تنص المادة ١٩ منه [1] [2] على أن (ينشأ مجلس دستوري لمراقبة دستورية القوانين والبت في

---

(1) الدستور اللبناني صدر في ١٩٢٧م وتم تعديله ست مرات وتعليقه ثلاث مرات إلى هذا التاريخ وخضعت المادة ١٩ إلى تعديل بتاريخ ١٩٣٧/١٠/١٧م وعدلت بالقانون الدستوري في تاريخ ١٩٩٠/٩/٢١م.

(2) الملاحظ أن المجلس الدستوري بلبنان مجلس سياسي لا قضائي مع أن شروط التعيين فيه للعناصر ذات التأهيل القانوني فهم بحسب شروط القانون إما قضاة سابقين مارسوا القضاء العدلي أو الإداري لمدة عشرين سنة أو اساتذة التعليم العالي الذي مارسوا تعليم مادة من مواد القانون عشرين سنة على الأقل أو محامين مارسوا مهنة المحاماة عشرين سنة على الأقل، يراجع نص المادة ٣ من قانون إنشاء المجلس الدستوري كما نصت المادة ١٨ من القانون على أن (يتولى المجلس الدستوري الرقابة على دستورية القوانين وسائر النصوص التي لها قوة القانون وخلافا لأي نص مغاير لا يجوز لأي مرجع قضائي أن يقوم بهذه الرقابة مباشرة عن طريق الطعن أو بصورة غير مباشرة عن طريق الدفع بمخالفة الدستور أو مخالفة مبدأ تسلسل القواعد والنصوص).=

النزاعات والطعون الناشئة عن الإنتخابات الرئاسية والنيابية ويعود حق مراجعة هذا المجلس فيما يتعلق بمراقبة دستورية القوانين إلى كل من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء أو إلى عشرة أعضاء من مجلس النواب وإلى رؤساء الطوائف المعترف بها قانوناً فيما يتعلق حصراً بالأحوال الشخصية وحرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية وحرية التعليم الديني- تحدد قواعد تنظيم المجلس وأصول العمل فيه وكيفية تشكيلة ومراجعته بموجب قانون).

والملاحظ على هذا النص الدستوري أن طلب مراجعة أي قانون لشبهة مخالفته للدستور تعود ابتداءً لرؤساء المؤسسات السياسية أو إلى عشرة أعضاء من مجلس النواب في حال أصدرت الأغلبية البرلمانية قانوناً يعتقد البعض مخالفته للدستور، ولم يكتف النص باعطاء حق تحريك الدعوى الأصلية- أو بالأصح طلب مراجعة النص ومقابلته بالدستور- لرؤساء المؤسسات السياسية وإنما أعطى كذلك هذا الحق رؤساء الطوائف المعترف بها قانوناً وذلك حصراً فيما يتعلق بالقوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية وحرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية وحرية التعليم الديني حتى لا تطغى طائفة على أخرى وتظل كل طائفة محافظة على خصوصياتها العقدية والأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية التي قد تتباين في جزئياتها بين تلك الطوائف، الأمر الذي يحول دون توحيد القوانين في الأحوال الشخصية من قبل الأغلبية البرلمانية وكذا حفاظاً على الفسيفساء التي تشكل المجتمع اللبناني.

ويعد دستور دولة الإمارات العربية المتحدة هو الأخر من ضمن النظم الدستورية التي منحت بعض المؤسسات السياسية حق الدعوى الأصلية والمتعلقة بعدم دستورية التشريعات وقد أجازت المادة (٩٩) من الدستور للسلطات

= وواضح من النص مركزية الفصل في دستورية القوانين من قبل المجلس الدستوري المشكل من فئات ذات تأهيل قانوني بحت، الأمر الذي يقربه من عداد القضاء الدستوري المتخصص ويبعده عن الرقابة السياسية وأن احتفظ القانون له بصفة المجلس دون السلطة القضائية،ومع ذلك نذهب الى ان النظم القانونية التي لا تجيزإقامة الدعوى الاصلية أو الدفع الفرعي وتتيح طلب المراجعة من قبل مؤسسات سياسية هي في جوهرها رقابة سياسية ولو كانت المكلفة بفحص الطلب هيئة قضائية لأننا حينها لا نكون امام خصومة قضائية بالمعنى القانوني والفني الدقيق .

الاتحادية الطعن في دستورية التشريعات الصادرة من إحدى الإمارات لمخالفتها الدستور الاتحادي أو القوانين الاتحادية(١) ويستهدف هذا النص التزام تشريعات السلطات المحلية حدود الدستور الاتحادي، فالوثيقة الدستورية الاتحادية تفرض نفسها على التشريعات الصادرة من السلطات المحلية ويذهب جانب من الفقه (٢) إلى أن النص لم يحدد السلطات التي تملك حق الطعن وإزاء عموميته فإن جميع السلطات الإتحادية المنصوص عليها في المادة (٤٥) من الدستور يكون لها الطعن بعدم الدستورية فيحق ذلك للمجلس الأعلى للاتحاد، ورئيس الإتحاد ونائبه، ومجلس وزراء الاتحاد، والمجلس الوطني للإتحاد، والقضاء الإتحادي(٣).

ولم تأت بعض الدساتير العربية التي أقرت مبدأ مركزية الرقابة على دستورية القوانين بجديد فيما يتعلق بحصر حق رفع الدعوى الدستورية- أمام الجهة المختصة بالرقابة- على هيئات معينة ولم تسمح للأفراد بممارسة هذا الحق فقد اتجهت دساتير بعض الدول الغربية إلى تقرير هذا الاتجاه، ومن ذلك الدستور

---

(1) جاء في نص المادة (٩٩) من دستور الإمارات العربية المتحدة: "تختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في الأمور التالية:-

١- المنازعات المختلفة بين الإمارات والأعضاء في الاتحاد أو بين إمارة أو أكثر وبين الحكومة الاتحادية متى أحيلت هذه المنازعات إلى المحكمة بناءً على طلب أي طرف من الأطراف المعنية.

٢- بحث دستورية القوانين الاتحادية إذا ما طعن فيها من قبل إمارة أو أكثر مخالفتها لدستور الاتحاد وبحث دستورية التشريعات الصادرة عن إحدى الإمارات إذا ما طعن فيها من قبل إحدى السلطات الاتحادية لمخالفتها لدستور الاتحاد أو للقوانين الاتحادية.

٣- بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أي محكمة من محاكم البلاد أثناء دعوى منظورة أمامه، وعلى المحكمة أن تلتزم بقرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر بهذا الصدد......".

(2) د. فتحي فكري، التنظيم الدستوري للسلطات الاتحادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص٢١٠.

(3) يراجع: ماجد سلطان محمد سليمان، الرقابة على دستورية القوانين في الإمارات، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣م، ص٨٦.

النمسوي [١] إذ يجعل حق رفع دعوى الدستورية مقصورا على الحكومة المركزية والحكومات الإقليمية ، كما يعطي للمحكمة الدستورية نفسها الحق في ذلك وفقاً لشروط خاصة.

وكذلك الدستور التشيكوسلوفاكي [٢] الذي أعطى حق الطعن بعدم الدستورية للمحكمة العليا والمحكمة الإدارية العليا، والمحكمة الانتخابية ومجلس النواب ومجلس الشيوخ [٣].

وهو ما سار عليه أيضاً الدستور اليوغسلافي الصادر في سنة ١٩٧٤ حيث جعل حق تحريك الدعوى الدستورية على بعض الهيئات كالبرلمان والرئاسة والمجلس التنفيذي والمحكمة الدستورية والنائب العام والمحامي الاشتراكي ووحدات العمل والسكرتير ومرفق الحسابات [٤].

---

(1) الدستور النمسوي صادر في سنة ١٩٢٠ ومعدل في سنة ١٩٢٩.

(2) الدستور التشيكوسلوفاكي صادر عام ١٩٢٠م.

(3) التفاصيل يراجع: أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٢٠.

(4) المرجع السابق، ص١٢٠.

الفرع الثاني

النظم الدستورية التي تمنح الأفراد حق تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية

في ظل نظام مركزية الرقابة فإن الدساتير المختلفة التي أقامت محكمة دستورية تنفرد بالنظر في دستورية القوانين قد اختلفت الحلول التي أخذت بها في هذا الصدد بالنسبة لحق الأفراد في إثارة المشكلة الدستورية.

فنجد بعضها قد منح الأفراد حق الطعن مباشرة أمام المحكمة الدستورية المختصة عن طريق الدعوى الأصلية دون أن تكون مسبوقة بدعوى منظورة أمام إحدى المحاكم (١)، ومن ذلك سويسرا في دستورها الصادر عام ١٨٧٤ (٢) وأسبانيا طبقاً لدستورها الصادر عام ١٩٣١ (٣) وكوبا وفقاً للقوانين الدستورية الصادر عام ١٩٣٤، وليبيا وفقاً للمادة ١٦ من قانون المحكمة الاتحادية العليا الصادر في ١٠ نوفمبر ١٩٥٤ (٤) ، ومن الدساتير التي أخذت بهذا الاتجاه الدستور السوداني الصادر في ١٩٧٣ حيث نصت المادة (٥٨) على أنه: "يجوز

---

(1) أ.د. عثمان الصالح، مرجع سابق، ص٦٥٧.

(2) أعطى المشرع السويسري لكل ذي مصلحة حالية أو مستقبلة أن يطعن مباشرة أمام المحكمة العليا الإتحادية بعدم دستورية القوانين الصادرة من الولايات وقد يسر المشرع السويسري على المواطنين استعمال هذا الحق إلى درجة أنه أعفى الطعون بعدم الدستورية من الرسوم القضائية، وقد سمح القانون بتقديم الطعون خلال مدة ستين يوماً من تاريخ صدور القانون حتى لا يظل القانون مهدداً بهذه الدعوى .

(3) الدستور الأسباني صادر في ١٩٣١/١٢/٩، وقد أعطى الدستور الأسباني الأفراد الحق في الطعن أمام محكمة الضمانات الدستورية دون أن يشترط وجود مصلحة خاصة للطاعن، وهذا ما دفع البعض إلى إطلاق تسمية "الدعوى الشعبية للمحافظة على الدستور" على دعوى فحص الدستورية وهي الدعوى المعروفة في الفقه الإسلامي بدعوى الحسبة والتي لاتشترط المصلحة المباشرة للطاعن.

(4) سمح قانون المحكمة الاتحادية الليبية في المادة (١٦) لكل ذي مصلحة من الأشخاص أن يهاجم القانون ويطعن فيه أمام تلك المحكمة بعدم الدستورية، إلا أن اللائحة الداخلية للمحكمة العليا حددت ميعاد ستون يوماً من تاريخ النشر أو الإعلان ترفع خلالها الدعوى الأصلية المبتدأة الأمر الذي يحد من رفع الطعون بعدم الدستورية بطريق الدعوى الأصلية.

لأي شخص أضير من جراء أي تشريع أصدرته أية سلطة ذات اختصاص تشريعي أن يرفع دعوى أمام المحكمة العليا لإعلان بطلانه بسبب إهداره للحريات والحقوق التي كفلها هذا الدستور".

وفي هذا الإتجاه سار المشرع الدستوري اليمني وذلك في التعديل الدستوري الذي أجري مطلع عام ١٩٩٤م وأكده التعديل الدستوري المستفتى عليه مطلع العام ٢٠٠١م. حيث لم يشر الدستور الصادر عام ١٩٩٠م إلى طريقة رفع الطعون الدستورية وإن كان قد أشار إلى مركزية الرقابة على دستورية القوانين وأحال إلى القانون (كيفية تشكيل المحكمة العليا وبيان اختصاصاتها والإجراءات التي تتبع أمامها...)[1]، وقد جاء قانون السلطة القضائية الصادر سنة ١٩٩١م محدداً اختصاصات الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا ونص في الفقرة الأولى من المادة (١٩) إلى أن تفصل الدائرة الدستورية في (الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات وذلك بطريق الفصل في الطعون التي ترفع إليها بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات سواء عن طريق الدعوى المبتدأة أو الدفع).

ومن بعدها جاء التعديل الدستوري في ١٩٩٤م مبيناً طرق رفع الدعاوى الدستورية حيث نص في الفقرة (أ) من المادة (١٥٣) في عداد اختصاصات المحكمة العليا (الفصل في الدعاوى والدفوع المتعلقة بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات) ، وهو ما أكده التعديل الدستوري الجاري مطلع العام ٢٠٠١ وهو الدستور النافذ حالياً.

وبهذا يقر الدستور حق الأفراد في رفع الدعاوى ابتداءً أمام المحكمة العليا (الدائرة الدستورية) وذلك عن طريق الدعوى الأصلية ،وهو ما نظمه قانون السلطة القضائية بنصوص صريحة مانحاً الأفراد حق الطعن (عن طريق الدعوى المبتدأة أو الدفع) ولم يكن بيد المشرع العادي أي خيار بعد أن نص الدستور على حق الأفراد في رفع الدعاوى مؤكداً بذلك مبدأ مركزية الرقابة أمام المحكمة العليا دون غيرها مانحاً جميع الأفراد حق رفع تلك الدعاوى ابتداءً وليس من حق المشرع العادي أن يخل بمبدأ مركزية الرقابة طالما والنص الدستوري صريح في منح الأفراد حق رفع الدعاوى ، ولا أن يقيد حقهم في رفع الدعاوى المبتدأة

---

(1) المادة ١٢٤ من دستور دولة الوحدة الصادر في ١٩٩٠م الفقرة ١.

بطريق الدعوى الأصلية أمام المحكمة العليا، وقد أحسن المشرع اليمني إذ غلب مبدأ الرقابة على التشريعات حفاظاً على الحقوق المكفولة بنصوص دستورية إذ يعتبر منح الأفراد حق الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية ضمانة أكيدة وفعالة في مواجهة إنحراف السلطة التشريعية وردها عن أي مخالفة دستورية، ولكن هذا الحق المطلق للأفراد والمنصوص عليه في صلب الوثيقة الدستورية والمؤكد من قبل قانون السلطة القضائية هل سيستمر على أرض الواقع أم أن للقضاء موقف منه،هذا ما نحاول دراسته في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

موقف القضاء اليمني من الدعوى الأصلية

نقصد بموقف القضاء اليمني موقف المحكمة العليا وتحديداً الدائرة الدستورية من الدعوى الأصلية.

فطالما نص الدستور على حق الأفراد في رفع الدعاوى بعدم الدستورية وكذا إبداء الدفوع المتعلقة بعدم الدستورية وأكد على هذا الحق ونظمه صراحة قانون السلطة القضائية في صلب عداده لإختصاصات الدائرة الدستورية المكلفة وفقاً لأحكام الدستور وقانون السلطة القضائية بحماية الدستور من أي مخالفة له صادرة ممن يملك أي سلطة تشريعية، فإن المفترض من القضاء الدستوري هو حماية هذه الضمانة التي غلب فيها المشرع الدستوري مبدأ حماية الدستور عن مبدأ تنزيه المشرع من الخطأ وجعل لكل فرد الحق في رقابة السلطة التشريعية عن طريق الدعوى (الشعبية) والتي تقام بواسطة الدعوى الأصلية.

ومن خلال تتبع أحكام الدائرة الدستورية نجد أن المحكمة العليا قد قبلت أول دعوى بعدم الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية والمقامة من رئيس الوزراء بوكالة وكيل وزارة الشئون القانونية، وإن كانت الدائرة قد خلصت إلى دستورية النص المطعون فيه وإلى عدم قانونية إعلان اللجنة العليا للانتخابات وبالتالي فصلت في دعوى عدم الدستورية وكذا دعوى إلغاء قرار إداري[1].

وفيما يتعلق بالدعوى السابقة نجدها مقدمة من جهة رسمية- وهي الجهة المفترض قانوناً أن تكون مكلفة بالدفاع عن أي قانون وجه ضده طعن بعدم الدستورية- وبالتالي نتساءل هل للهيئات العامة كذلك حق الطعن ابتداءً بعدم الدستورية؟ وللإجابة على هذا التساؤل نجد أن الدستور والقانون قد نصا على حق رفع الدعاوى مطلقاً وبما أن المشرع قد منح جميع الأفراد حق رفع الدعاوى المبتدأة أمام المحكمة العليا ضد أي قانون أو لائحة فإن للشخصيات المعنوية بما

---

(1) يراجع ما كتبناه في المبحث المتعلق بالسوابق القضائية في اتجاهات الدائرة الدستورية ص ٢٨٠، من هذه الرسالة وكذا حكم المحكمة العليا في القضية الدستورية رقم (١) لسنة ١٩٩٣م الصادرة في ٢٨ رمضان ١٤١٣هـ الموافق ١٩٩٣/٣/٢١م، الجريدة الرسمية العدد السادس ١٩٩٣.

فيها السلطات العامة أن ترفع تلك الدعوى أو الطلب لفحص دستورية أي قانون أو قرار دون حرج ، وقد أحسنت المحكمة العليا بقبولها لتلك الدعاوى بصورة مبتدأة، وإن كان قد مثل موقف الطاعنين المكلفين بالدفاع عن القوانين موقف النيابة العامة التي يفترض أن تكون خصماً شريفاً فيما يتعلق بالحق العام فتدافع عن ما يجب الدفاع عنه وترفع الدعاوى ضد أي مخالفة صريحة للدستور حماية له.

عوداً على بدء يمثل الحكم الشهير للدائرة الدستورية - الحكم الثاني لها - والتي قررت فيه تكليف الطاعن بدفع كفالة مالية مقدرة بمئة ألف ريال تصادر عند عدم الحكم له هو المنعطف الخطير الذي سلكته المحكمة العليا فيما يتعلق بتقييد حق الأفراد في رفع الدعاوى الأصلية أمام الدائرة الدستورية.

وقد عللت ذلك بقولها أنه يلزم اتباع منهج (لا يضام يجمع بين كفالة العدالة وحسن سيرها وضمان الوفاء بها وبين تحصينها وإبعادها عن العبث والعنت ممن قد يظن بأنها باب مخلوع يلجه من لا عمل له أو أنها مسرح للتلهي أو متنزه لتزجية الوقت وقتل الفراغ)[1]، متناسية المحكمة وهي بصدد إغلاق بابها أمام الطاعنين- ذلك الباب الذي شرعه الدستور ونظمه القانون بنصوص صريحة- أن عمل الطاعن هو حماية الشرعية الدستورية- بحسب إعتقاده- وأنه يمارس حقاً أقره الدستور الذي يجب على المحكمة حماية نصوصه - ونظمه القانون الذي تستمد المحكمة العليا منه إختصاصاتها وولايتها.

والمحكمة وهي بصدد إغلاق ذلك الباب قررت لنفسها ودون سند من القانون وبمخالفة نصوص الدستور تقديم شرط الكفالة والتي ترى أن (دواعيه أوجب ومستلزماته أدعى وأكد لمقتضيات لا تتوقف عند الظاهر... وإنما يتجاوز إلى كونه أداة لإظهار حسن النية وسلامة المقصد ضماناً لجدية الدعوى)[2]، وبهذا الاجتهاد ضيقت المحكمة العليا على حق الأفراد في رفع الدعوى الأصلية وأرهقت هذا الحق بعبء مالي كبير يقيد من استخدام هذا الحق الدستوري وأنزلت بمن يستخدمه عقوبة مالية باهظة الثمن مثرية الخزانة العامة دون سند من القانون

---

(1) حكم المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٩ الجزء الأول الصادر في ٢٠٠١/١٠/١٥م.

(2) نفس المرجع السابق.

ومعاقبة كل من يخالف إجتهاد المحكمة العليا إن هو أقدم على استخدام حقه في حماية الدستور، ومع تحفظنا على اجتهاد المحكمة العليا وسبق الإشارة إلى نقد هذا الاتجاه فإن المحكمة لن تعدم من يؤيد هذا الاتجاه ويعتبره مبرراً [1]، دون إبداء أي حجج قانونية تؤيد مسلك المحكمة العليا بصدد تقرير غرامة مالية كبيرة على كل من يخالف بدعواه اجتهاد أعضاء المحكمة العليا، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في اشتراط قبول الدعوى الأصلية تقديم كفالة مالية مقدرة بمئة ألف ريال يمني تصادر عند إصدار الحكم بعدم قبول الدعوى.

وهو ما نادى به جانب من الفقه ـ في مصر ـ عند اقتراحه ضرورة أخذ المشرع المصري بالدعوى الأصلية مع شرط تقديم ضمان يصادر إذا كان الحكم ليس لصالح المدعي ضماناً لعدم إغراق المحكمة الدستورية بالطعون المتعلقة بعدم الدستورية [2] وإذا كان هذا المقترح جائزاً في الوضع القانوني لتنظيم إتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا بمصر باعتبار أن الدستور لم ينص على طريقة الدعوى الأصلية ولا القانون كذلك والذي حضُر اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية عن طريق الدفع الفرعي والإحالة والتصدي فإن مثل هذا المقترح أو الإجتهاد غير جائز في الوضع القانوني لتنظيم الدعوى الدستورية في اليمن بحسبان أن المشرع الدستوري فيها هو من منح الأفراد وأقر حقهم في رفع الدعاوى ابتداءً أمام المحكمة العليا فيما يتعلق بالدعاوى الدستورية.

في الوقت الذي يذهب جانب آخر من الفقه [3] إلى ضرورة أخذ المشرع المصري بطريق الدعوى الأصلية إلى جوار الدفع الفرعي وهو ما كان يتضمنه المشروع الأصلي الذي قدمته الحكومة لقسم التشريع بمجلس الدولة [4] وذلك دون

---

(1) أحمد صالح عاطف، طبيعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠٠٤م، ص٢٨.

(2) د. عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص٣٢٨.

(3) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٣٨٤. أ.د. سعد عصفور، مرجع سابق، ص٣١٦. د. سعاد الشرقاوي ود.عبدالله ناصف: القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص٢٠٦.

(4) كانت المادة ٢٥ من المشروع تقرر أنه (يجوز لكل ذي مصلحة شخصية مباشرة أن يطعن لدى المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة).

تقديم ضمان وإذا كان هناك تخوف من إباحة الطعن للأفراد عن طريق الدعوى الأصلية فيمكن إعطاء الحق في رفعها إلى الهيئات المختلفة الموجودة بالدولة والتي تتمتع بشخصية معنوية عامة مستقلة كالجامعات والنقابات والمجالس المحلية بالإضافة إلى بعض اعضاء مجلس الشعب والشورى ومجلس الوزراء وذلك لمزيد من الرقابة على إنحراف السلطة التشريعية وحماية للمبادئ الدستورية من الانتهاك ، خاصة في الدول التي تسيطر عليها احزاب حاكمة لا تؤمن بالتعددية السياسية ولا بالتداول السلمي للسلطة وإن كانت وثائقها تقر ذلك وتكتفي بمظاهر شكلية وتسيطر على المجلس التشريعي والحكومة وتحارب كل من يخالفها .

وبهذا ينتهي الحديث عن موقف الدائرة الدستورية من حق الأفراد في رفع الدعوى الأصلية المتعلقة بعدم الدستورية ، ونأتي للحديث عن الدفع الفرعي بعدم الدستورية في المبحث الثاني من هذا الفصل على النحو التالي.

المبحث الثاني

الدفع الفرعي بعدم الدستورية

ندرس في هذا المبحث طريقة الدفع الفرعي بعدم الدستورية باعتبارها الطريقة الأكثر شيوعاً وانتشاراً في معظم الأنظمة سواء تلك التي تأخذ بنظام مركزية الرقابة أو في ظل لا مركزية الرقابة على دستورية القوانين، (والأصل أن الطريق المعتاد لممارسة الرقابة في ظل لا مركزيتها هو الدفع بعدم الدستورية والذي يقدم أمام جميع الجهات التي تمارس وظيفة القضاء في الدولة) [1].

أما في ظل مركزية الرقابة فقد سبق الإشارة إلى أن النظم الدستورية تختلف في الحلول التي تأخذ بها في هذا الصدد بالنسبة لحق الأفراد في إثارة المشكلة الدستورية، فمنها ما يسمح للأفراد بتقديم الدعوى الأصلية أمام المحكمة المختصة مباشرة- ومنها ما يقصر هذا الحق على بعض الهيئات السياسية والبعض الآخر يمنح الأفراد بصورة غير مباشرة في تحريك الدعوى وذلك عن طريق الدفع الفرعي الذي يقدم أمام محكمة الموضوع ، وبما أن الأخيرة لا تملك الفصل في دستورية القوانين في ظل مركزية الرقابة فإن عليها أن تمهل الطاعن لتقديم دعواه أمام المحكمة الدستورية أو أن تتحقق من جدية الدفع ثم تمنح الطاعن حق رفع الدعوى بعدم الدستورية أمام المحكمة المختصة ، وبالتالي تقيد من حق الأفراد في اللجوء أمام القضاء الدستوري وتمس بمبدأ المركزية من ناحية أخرى ، وهذا ما عليه الأمر في ظل المحكمة الدستورية العليا بمصر حالياً.

أما في ظل عدم مركزية الرقابة كما هو الحال في الولايات المتحدة فيعتبر الدفع هو الوسيلة الأهم في اتصال الدعوى الدستورية بالقضاء الدستوري فالمحكمة التي يبدى الدفع أمامها تملك الفصل فيه وإن كان القول الفصل في هذه الدعوى بيد المحكمة العليا، ونأتي لتفصيل ذلك وبيان موقف المشرع الدستوري اليمني في المطالب التالية:-

---

(1) أ.د. عثمان الصالح، مرجع سابق، ص٦٥٦.

المطلب الأول

إتصال المحكمة بالدعوى الدستورية عن طريق الدفع

نص الدستور اليمني الحالي على أن المحكمة العليا تمارس على وجه الخصوص (الفصل في الدعاوى والدفوع المتعلقة بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات)(١).

فحدد الدستور اليمني طريقين لإتصال المحكمة العليا- والمختصة دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين- وهما **الدعاوى والدفوع** الأمر الذي يعني صراحة قبول الدعوى الأصلية أمام المحكمة العليا فيما يتعلق بالدعوى الدستورية، وكذا أكد على طريقة الدفوع الفرعية والتي تقدم أثناء نظر نزاع أمام محكمة الموضوع أياً كانت درجتها في السلم القضائي.

والدستور بهذا يؤكد على مركزية الرقابة من ناحية وعلى إطلاق حق الأفراد في تقديم الدعاوى بعدم الدستورية بصورة مباشرة وغير مباشرة من ناحية أخرى ، وهذا ما أكده قانون السلطة القضائية الذي نظم إختصاصات المحكمة العليا والدوائر التي تشكلها وأهمها الدائرة الدستورية والتي تفصل في (الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات وذلك بطريق الفصل في الطعون التي ترفع إليها بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات سواء عن طريق الدعوى المبتدأة أو الدفع) (٢).

وإذا كان حق الأفراد مقرراً بنص دستوري في تقديم الدعوى الأصلية بعدم الدستورية فحق الأفراد في تقديم الدفوع مؤكد سواء نص الدستور عليه والقانون أم لم ينصا، فعدم النص على حق الأفراد في إبداء الدفوع لا يحول دون إقراره في ظل وجود قضاء مختص بالرقابة على دستورية القوانين، فوجود القضاء وإعطاؤه مهمة الفصل في المنازعات وتطبيق حكم القانون على هذه المنازعات يفرض عليه واجب الفصل في الدفوع المثارة أمامه باعتبارها منازعة قضائية يجب الفصل فيها (٣) ، ولذا تمتاز هذه الطريقة بكونها قائمة حتى بعد

---

(١) المادة ١٥٣ من الدستور الحالي ٢٠٠١م الفقرة أ.

(٢) المادة ١٩ الفقرة ١ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩٠م.

(٣) أ.د. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص١٣٨.

سقوط الدستور أو تعديله ما دام الدستور الجديد لم يحظر الرقابة القضائية على دستورية القوانين[١] والدفع بعدم دستورية نص أو نصوص في قانون أو قانون بأكمله يدخل ضمن عموم الدفوع الفرعية في قانون المرافعات[٢].

وهي تلك الدفوع التي تهدف إلى تأجيل الخصومة أو وقفها لحين الفصل في مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في موضوع النزاع، أو بمعنى آخر أن يكون الفصل في هذه المسألة التي يتضمنها الدفع لازمة لكي تتمكن المحكمة التي تنظر الموضوع من الحكم في الدعوى [٣].

والأصل أن قاضي الموضوع هو الذي يفصل في الدفوع المثارة أمامه ولكن في ظل مركزية الرقابة على دستورية القوانين انتزع من قاضي الموضوع هذا الاختصاص وبالتالي فالمحكمة التي أبدي أمامها الدفع لا تملك الفصل فيه لكونها تنصب على مسألة خارجة عن اختصاصها الوظيفي ، فتقوم بوقف الدعوى على أن تستأنف نظرها فور حسم النزاع في هذه المسألة الأولية التي يثيرها الدفع[٤].

أما الجهة القضائية التي يدفع أمامها بعدم الدستورية فلم يرد تنظيم في قانون السلطة القضائية في اليمن فيما يتعلق بالدفع بعدم الدستورية، ولذا فالأصل أن الدفوع لا تقدم إلا أمام جهة قضائية سواء كانت محاكم الموضوع بمختلف درجاتها وكذا النيابة العامة أثناء التحقيق ، ولا يمكن أن يقدم الدفع أمام لجان التحكيم الإختيارية ، وإذا ما اعتبرنا الدفع بعدم الدستورية من الدفوع المتعلقة بالنظام العام- وهو كذلك- فالأصل أن يتمسك به ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا وأمام أي دائرة من دوائرها ، وقد اتيحت الفرصة أمام الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا وعرض عليها طعن بشأن تظلم وكيل نيابة من قرار النائب العام ، وجاء في طعنه أمام الدائرة أن قرار النائب العام غير دستوري ، ولكن الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا لم تقبل الدفع بعدم الدستورية ولم تحله إلى الدائرة الدستورية

---

(1) أ.د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٤٠.

(2) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٧.

(3) أ.د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص١٥٧، ونفس المعنى أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٨٧.

(4) المرجع السابق ص١٥٧.

المختصة وفقاً للدستور والقانون بالفصل في دستورية القوانين وجاء في معرض ردها أنه "تم الإطلاع على عريضة التظلم فوجدنا أن المتظلم توسع في طلباته الأصلية وتطرق لأمور ليست من اختصاصنا كما توسع في تعقيبه على رد النيابة وتطرق في عريضته إلى أمور دستورية لا يحق لنا الخوض فيها كما تطلب وتطرق لأمور لا يحق لنا قانوناً الخوض فيها"(١)، وبهذا لم تحل الدائرة الإدارية الدفع بعدم الدستورية إلى الدائرة الدستورية والتي لا تبعد عنها متراً واحدا بل إن رئيس الدائرة الإدارية عضواً بحكم التشكيل للمحكمة العليا بالدائرة الدستورية والتي كان يجب أن يحال إليها الدفع للفصل فيه ، مع العلم أن الدائرة الدستورية برغم حصر القانون لإختصاصاتها في مسائل الدعوى الدستورية ومحاكمة شاغلي الوظائف العليا والفصل في الطعون الانتخابية إلا أنها سمحت لنفسها وعند مباشرتها للفصل في دعوى دستورية لأول مرة أن تصدر قراراً بعدم قانونية إعلان اللجنة العليا للانتخابات وهي دعوى إدارية محضة. ولم تحلها للدائرة الإدارية لأن في احالتها لتلك الدعوى للدائرة الإدارية مخالفة صريحة لقانون المرافعات فاللازم تقديم دعوى الإلغاء أمام المحكمة الأبتدائية ثم الطعن بالاستئناف ثم المحكمة العليا وهو أمر يطول الانتظار له ولذا عندما أريد منها الفصل على وجه السرعة في دعوى إلغاء تم لها ذلك (٢).

وإذا كان هذا الموقف مستغرباً من المحكمة العليا في اليمن فإنه كذلك مستغرب من محكمة النقض في مصر، حيث دأبت في قضائها واستقرت على عدم تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام رغم إجماع الفقه على كون الدفع المتعلق بعدم الدستورية من النظام العام ويجوز إبداؤه ولو لأول مرة أمام محكمة النقض.

---

(1) حكم المحكمة العليا إدارية جلسة ١٠ جماد الأول ١٤٢٠هـ الموافق ١٩٩٩/٨/٢١م الطعن رقم ١ لسنة ١٤٢٢هـ ١٩٩٩م، منشور بكتاب القواعد القضائية، العدد الثاني، ج١ (دستوري- إداري) ٢٠٠٥م، ص٦٩.

(2) سبق الإشارة إلى الحكم الأول للدائرة الدستورية عام ١٩٩٣م، ص٢٨٠ من هذه الرسالة.

إلا أن محكمة النقض لم تأخذ بهذا الرأي [١] وقد جرى قضاء محكمة النقض أن الدفع بعدم الدستورية ينبغي إبداؤه أمام محكمة الموضوع (وأنه لا يجوز إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض)[٢].

هذا ما دفع المحكمة الدستورية العليا إلى نقد اتجاهات محكمة النقض والتمسك بضرورة إحالة الدفوع إليها للفصل فيها وقد جاء في أحد أحكامها أنه (لا يجوز لأية محكمة أو هيئة اختصها الدستور أو المشرع بالفصل في خصومة قضائية- وأيا كان موقعها من الجهة أو الهيئة القضائية التي تنتمي إليها- أن تقف من النصوص القانونية التي يبدو لها- من وجهة نظر مبدئية- تعارضها مع الدستور موقفاً سلبياً بل عليها ان تحيل ما ترتئيه منها مخالفاً للدستور إلى المحكمة الدستورية العليا لتستوثق بنفسها من الشبهة التي ثارت لديها في شأن صحتها، وإما أن تحدد للخصم الذي دفع أمامها بعدم دستورية نص قانوني وقدرت هي جدية هذا الدفع مهلة يقيم خلالها دعواه الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا التي اختصها الدستور دون غيرها بالفصل في المسائل الدستورية، لا استثناء في هذه القاعدة التي تسري في شأن المحاكم جميعها بما فيها محكمة النقض)[٣].

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا الحق في إبداء الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمام محكمة النقض بقولها: (إن الدفع بعدم الدستورية ليس من الدفوع التي يخالطها واقع، ولا تعتبر المجادلة فيه محاولة موضوعية مما تستقل بتقديرها

---

(1) د. عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت، ص١٣١.

- د. مستشار/ منير عبدالمجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١م، ص١٤.
- د. يسري العصار، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء وفي الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م، ص٤٩.
- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٩٨.

(2) يراجع حكم محكمة النقض مدني جلسة ١٩٨٨/٣/٢١م السنة ٣٩، القاعدة ٨٦، ص٤١٨. وحكم النقض مدني، جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩م، السنة٤٤، رقم١٨٥، ص٢٧٩.

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة ١٩٩٨/٢/٧م، القضية رقم ١٣٧، السنة ١٨ ق.د الجريدة الرسمية العدد٨ في ١٩٩٨/٢/١٩م.

محكمة الموضوع، إنما ينحل إلى إدعاء بمخالفة نص تشريعي لحكم في الدستور، وهو ادعاء لا يرتبط الفصل فيه بأية عناصر واقعية تكون محكمة الموضوع قد حققتها ومن ثم يجوز إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة النقض والتي تعتبر من المحاكم التي عنتها المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي يجوز إثارة مثل هذا الدفع أمامها"(١)، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أيضاً جواز إبداء الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الإدارية العليا (٢).

كما أكدت المحكمة الدستورية العليا أن "الدفع بعدم الدستورية لا يكون من قبيل الدفوع الشكلية أو الإجرائية بل يتغيا في مضمونه ومرماه مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها وتوكيداً لصلتها الوثقى بالنظام العام، وهي أجدر قواعده وأولاها بالإعمال، بما مؤداه جواز إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى وأمام أية محكمة أياً كان موقعها من التنظيم القضائي الذي يضمها".

وما أنتهت إليه المحكمة الدستورية من جواز إبداء الدفع أمام المحكمة العليا- محكمة النقض والإدارية العليا- ولو لأول مرة هو ما يوافق صحيح القانون والغرض الذي أقر من أجله مبدأ مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين والقول بخلاف هذا يهدر الرقابة القضائية ويمنع تطبيق النصوص المنظمة لها.

والسؤال المطروح على بساط البحث هل كل دفع من أحد أطراف المنازعة بعدم دستورية نص قانوني يؤدي مباشرة إلى تحريك الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية (أو العليا)؟ وهل يتوقف قاضي الموضوع عن السير في القضية بمجرد إبداء أي دفع بعدم الدستورية؟

هذا ما نحاول الإجابة عليه من خلال استعراض شروط الدفوع بعدم الدستورية والمواعيد المتعلقة به وموقف المشرع اليمني من ذلك كله في المطلب الآتي.

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ١٩ يونيه ١٩٩٣، القضية رقم ١٠٢ لسنة ١٢ق.د مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج٥، مجلد٢، ص٣٤٦.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ٢٠٠٣/٣/١٦ القضية ١٥٤ لسنة٢١ ق.د. الجريدة الرسمية العدد١٢ مكرر الصادر في ٢٠٠٣/٣/٢٦، ص١١.

المطلب الثاني

شروط قبول الدفع الفرعي بعدم الدستورية ومواعيده

الملاحظ أن النظم القانونية التي منحت الأفراد حق الطعن بعدم الدستورية تختلف فيما بينها من حيث إقرار شروط قبول الدعوى الدستورية تبعاً لإقرارها لحق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية أو تضييقها لهذا الحق، فالنظم التي تطلق الحق للأفراد في الطعن بعدم الدستورية لا تضع شروطاً تعيق استخدام هذا الحق والعكس من ذلك النظم التي تضع شروطاً تقيد من هذا الحق بقدر وضعها للشروط سواء الشكلية أو الموضوعية والتي يعتبر من أهمها شرط المصلحة المباشرة للطاعن ووجود صلة موضوعية بين النص الطعين والدعوى المنظورة أمام محكمة الموضوع ، بحيث يكون الفصل في الدعوى الدستورية لازماً للفصل في الدعوى الأصلية المنظورة أمام محكمة الموضوع ، علاوة على تحديد تقديم الدعوى في مواعيد محددة ما لم يسقط الحق في التمسك بالدفع ، وجماع ذلك ما نص عليه قانون المحكمة الدستورية العليا في اشتراطه لجدية الدفع وهو ما نبين مفهومه وموقف المشرع اليمني من ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

شـــــــرط الجديـــــــة

الأصل في طريقة إتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية عن طريق الدفع الفرعي أن يثار هذا الدفع أمام محكمة الموضوع أو أي جهة قضائية وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى.

وبالتالي على القاضي أن يتحرى جدية الدفع الذي يقصد منه أن يتحقق القاضي من أن الدفع لا يقصد منه الكيد أو إطالة أمد النزاع ويتحدد ذلك بالتأكد من مسألتين أساسيتين:

أولهما: أن يكون الفصل في مسألة الدستورية مؤثرا ومنتجاً بمعنى أن يكون القانون متصلاً بموضوع النزاع ومحتمل التطبيق في القضية، وثانيهما: أن يتبين للقاضي شبهة عدم مطابقة القانون للدستور [1] وفي ظل عدم وجود معيار

---

(1) د.عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة القوانين، مرجع سابق، ص٣١٩.

محدد قانوناً لمعنى الجدية الذي على محكمة الموضوع أن تقدره فإن قاضي الموضوع في حقيقة الأمر يملك سلطة تقديرية في الحكم بدستورية النص إذا لم يكن لديه شك حول دستورية القانون وبالتالي يحكم برفض الدفع والاستمرار في نظر القضية وإن كان هذا الحكم قابلاً للطعن بالطرق العادية (١) أو أن يشك بعدم تطابق النص مع الدستور فيوقف الإجراء ويمنح مقدم الدفع أجلاً لتقديم دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا ، هذا الأمر ما عليه قانون المحكمة الدستورية العليا ولم يكن مقرراً في ظل المحكمة العليا بمصر.

فما هو موقف المحكمة العليا في اليمن في ظل عدم اشتراط جدية الدفع؟ وما هو موقف القضاء الذي قدم الدفع أمامه ؟

في محاولة الإجابة على هذا التساؤل نرى أن على القاضي الذي ينظر موضوع النزاع الأصلي والذي قدم الدفع أمامه بعدم الدستورية أن يتحقق من أن النص المطعون فيه لازماً للفصل في الدعوى الأصلية ، وهذا أمر لاجدال عليه لأن الطعن لو انصب على نص في قانون لا يتعلق بالدعوى المنظورة ولا يكون مؤثراً ولا منتجاً في الدعوى لا يعتبر دفعاً يوجب على المحكمة التوقف حتى يتم الفصل في موضوع النزاع ، خاصة وأن القانون والدستور في اليمن قد منحا الأفراد حق الطعن المباشر ضد القوانين أمام المحكمة العليا ولا يجب على القاضي أن يلتفت إليه.

ولكن الخلاف يدق بين النظامين اليمني والمصري فيما يتعلق بشرط الجدية في شقة الأخروالمتعلق بضرورة أن يتبادر إلى القاضي الشك حول دستورية القانون أو النص القانوني المطعون فيه بعدم الدستورية.

فوفقاً لإشتراط جدية الدفع- في ظل المحكمة الدستورية العليا- يتوقف أمر إحالة الدفع إلى المحكمة الدستورية العليا عندما يتوافر الشك لدى القاضي بصحة الدفع وعدم التطابق بين النص والدستور أو إنتهاك النص لحق من الحقوق التي كفلها الدستور للأفراد (٢).

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٩.

(2) مثال ذلك حرمان المتهم من الطعن على قرار النيابة بالأوجه لإقامة الدعوى لعدم الأهمية وإعطاء هذا الحق في الطعن للمدعي بالحقوق المدنية، وفقاً للمادة ٢١٠ أ.ج. وبررت المحكمة الدستورية في حيثيات حكمها أن النص الطعين يصادر حق المتهم في

ولكن درجة الشك لدى قاضي الموضوع مسألة نسبية لأنه يفترض أن القاضي إذا ما تيقن بأن المخالفة قائمة بين النص الطعين والدستور فعليه أن يحيل الأمر من تلقاء نفسه إلى المحكمة الدستورية باعتبار أن واجبه كقاضي يفرض عليه تغليب النص الدستوري وإعماله على نص القانون أو اللائحة. وبما أنه لا يملك أن يحكم بعدم الدستورية أو أن يهمل النص القانوني طالما نص الدستور على مركزية الرقابة عن طريق المحكمة الدستورية فعليه إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية النص، والواقع أن منح القاضي سلطة مراقبة جدية الدفع (بحجة عدم أغراق المحكمة الدستورية بسيل من الطعون) [1] تجعل طرق اتصال المحكمة الدستورية العليا في مصر محصورة أو تكاد أن تكون محصورة بيد القضاء.

فالأفراد لا يملكون حق الطعن المباشر أمام المحكمة الدستورية العليا ، والطرق المتاحة لهم فقط الدفع الفرعي ، والذي يجب أن يراقب جديته قاضي الموضوع فيمنح الأفراد حق الطعن أو أن لا يرى الجدية فيتحكم بدستورية النص من خلال إجتهاده بعدم جدية الدفع، وكذا من حق القاضي الإحالة إن شك أوتيقن المخالفة للدستور وكذا حق القضاء الدستوري في التصدي ، وبالتالي فطرق اتصال المحكمة الدستورية كلها أو أغلبها بيد القضاء فليس للهيئات العامة الطعن وليس للأفراد كذلك وما كان لهم من حق الدفع فمحكوم بيد القضاء العادي عند تقدير جدية الدفع من عدمه.

والفرق بين إتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية عن طريق الدفع الفرعي أو الإحالة أن الأول يفرض على قاضي الموضوع مراقبة جدية الدفع عندما يتبادر له الشك في النص المطعون فيه فيمنح الفرد حق رفع الدعوى ويسقط حقه إذا لم يقدم الدعوى خلال مدة محددة في الوقت الذي يجب على القاضي الإحالة من تلقاء نفسه في حال تيقن المخالفة ، وفي هذه الحالة عليه

المثول أمام قاضية الطبيعي ويهدر حقه في التقاضي لنيل الترضية القضائية المنصفة ، وأن النص ميز المدعي المدني وأحرم المتهم فاهدر بهذا مبدأ المساواة،جلسة ٢٠٠٧/١٢/٢ بالمحكمة الدستورية، صحيفة المصري اليوم، العدد ١٢٦٨ التاريخ ٢٠٠٧/١٢/٣م، ص١١.

(1) أ.د. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص١٥٥.

أن يحدد النص الطعين وأوجه مخالفته للدستور، وكذا النصوص الدستورية المعتقد مخالفتها، وبالتالي يدق الخلاف بين مرحلة الشك عند القاضي بعدم دستورية النص المطعون فيه أمامه، وبين مرحلة تيقنه أو غلبة الظن بعدم دستوريته وضرورة إحالة إلى المحكمة الدستورية العليا، وتبقى المسألة تقديرية بيد قاضي الموضوع فيما يرفع للمحكمة الدستورية وما لا يرفع أثناء تقديم الدفوع إذا ما تأكد من دستورية النص ، وهذا ما يدفع جانباً من الفقه إلى القول بأن شرط الجدية قد(أخل بمركزية الرقابة التي تغياها المشرع الدستوري المصري) [1] وتضمن تضييقاً لطريق الرقابة على دستورية القوانين.

عوداً على بدء نجد أن قاضي الموضوع في النظام القانوني اليمني وفي ظل عدم اشتراط جدية الدفع سلطاته مقيدة تجاه نظر الدفع ، فليس له أن يتحقق من جدية الدفع وليس من الضروري أن يشك بعدم تطابق النص الطعين مع الدستور، فإن هو فعل ذلك فللأفراد أن يتقدموا بالطعن مباشرة أمام المحكمة العليا بعدم دستورية النص المراد تطبيقه عليهم ، بل إن لهم أن يطعنوا مباشرة حتى لو لم تكن هناك خصومة منظورة أمام القضاء، غير أن قاضي الموضوع حال تقديم الدفع أمامه من أي من المتخاصمين إن اقتنع منح الفرد أجلاً لتقديم دعواه وتوقف عن إجراءات الخصومة ، وإن لم يقتنع سار فيها وللطاعن أن يطعن مباشرة أمام الدائرة الدستورية ، والأخيرة تفصل في الدعوى الدستورية وإن كانت الدعوى الموضوعية منظورة أمام القضاء ، والذي يكون موقفه سلبي وغير مؤثر في اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة العليا والتي يملكها الأفراد دون رقابة مؤثرة من القضاء العادي، وبهذا يتبين الفرق الجوهري بين موقف القضاء غير الدستوري في مصر و اليمن.

أما موقف القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية فيختلف عن النظامين اليمني والمصري بحسبانه يملك الفصل في الدعوى الدستورية أمام أي محكمة وإن كان القول الفصل للمحكمة العليا باعتبارها أعلى هيئة قضائية كلفها الدستور بحماية نصوصه.

---

(1) أ.د.ثروت بدوي ، مرجع سابق ، ص ١٥٥.

الفرع الثاني

مواعيد رفع الدعوى بعدم الدستورية

المقصود هنا بموعد رفع الدعوى بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع الذي أبدى أمامها الدفع بعدم الدستورية، وذلك لرفع الدعوى إلى المحكمة العليا للفصل فيه وذلك حتى لا يستمر وقف الخصومة الأصلية إلى أجل غير محدد فيتضرر الطرف الآخر في الدعوى.

والمواعيد هي الآجال التي حددها القانون لمباشرة الدعوى ، ويقصد بها ألا تظل الأوضاع والمراكز القانونية غير مستقرة حتى لا تتأبد المنازعات، وقد تكون المواعيد ناقصة - وهي التي يجب أن يتخذ الإجراء خلالها والتي تنتهي بانتهاء اليوم الأخير منها - وقد تكون المواعيد كاملة - وهي التي يتعين أن تنقضي كاملة قبل اتخاذ الإجراء -[1].

والمواعيد المفترض تقديم الدعوى فيها بعدم الدستورية بعد تقديم الدفع أمام محكمة الموضوع هي من المواعيد الناقصة والتي يتعين أن تقدم الدعوى بعدم الدستورية خلالها ما لم يسقط الحق في رفع الدعوى.

والأصل أن يتم تحديد المواعيد بقوانين حتى تكون منتجة ومحددة لأثارها وفي غياب النص القانوني يصعب الإلزام بتحديد معاد إن تم تجاوزه يسقط الحق فيه بعدم النظر إلى الدعوى الدستورية أو بسقوطها.

والواقع أن قانون السلطة القضائية في اليمن لم يحدد موعداً يتم خلاله رفع الدعوى الدستورية بعد تقديم الدفع أمام مختلف المحاكم وإن كان القانون قد نص على طريقة اتصال الدعوى الدستورية عن طريق الدفع ، ولذا نعتبر القانون هنا قد شابه القصور في تنظيم رفع الدعوى بعدم الدستورية وترك الأمر لاجتهاد القاضي الذي قُدِمّ الدفع بعدم الدستورية امامه ، فله أن يحدد ميعاداً للطاعن بعدم الدستورية يوقف خلاله الخصومة وإن تجاوز هذا الموعد فله أن يسير في الخصومة ويفصل فيها ، إلا أن المحكمة العليا لا تستطيع رد الدعوى الدستورية نظراً لتجاوز المدعي هذا الموعد لأنها أساساً ملزمة بالفصل بالدعوى الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية والمباشرة.

---

(1) هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص٢١٣.

ويظل الفارق الجوهري بين اتصال المحكمة العليا بالدعوى الدستورية عن طريق الدعوى المبتدأة والدفع ، أن الأولى وفقاً لإجتهاد المحكمة العليا يلزم تقديم الضمان المقدم والمقدر بـ١٠٠ ألف ريال لقبول الدعوى المباشرة، في حين يفترض أن يتم قبول الدعوى عن طريق الدفع والمحالة من محكمة الموضوع دون ضمان لإرتباط الفصل في الدعوى الدستورية بالدعوى الأصلية المقامة أمام محكمة الموضوع ، وحتى لا يضار المدعي بدعواه وهو الذي قدم الدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية نص يراد تطبيقه في النزاع المنظورأمام المحكمة.

أما إذا سعت المحكمة العليا إلى مد إجتهادها لقبول الدعوى بعدم الدستورية بضرورة تقديم الضمان حتى في حالة الدفع بعدم الدستورية فقد خالفت بذلك القصد الذي افصحت عنه وهي بصدد تنظيم قبول الدعوى الأصلية والمباشرة وهو عدم فتح الباب على مصراعية للطعون بعدم الدستورية بالطريق المباشر، أما في ظل الدفع فيفترض أن تفصل فيه محكمة الموضوع إلا أن الاختصاص النوعي للحكم بعدم الدستورية قد انعقد للمحكمة العليا بنص الدستور فيجب هنا على القضاء أن يفصل فيه دون قيد أو شرط يرهق كاهل مقدم الدفع أمام محكمة الموضوع.

يبقى الإشارة مجدداً إلى أن قاضي الموضوع إذا ما قدم أمامه دفعاً بعدم الدستورية فله أن يحدد ميعاداً نقترح أن لا يتجاوز الشهرين باعتبارها مدة تقديم الطعون أمام الاستئناف فإذا لم يقدم المدعي دعواه بعدم الدستورية استئنف قاضي الموضوع الفصل في النزاع المطروح أمامه ، وللطاعن إذا ما تمسك بالدفع أن يطعن مباشرة أمام الدائرة الدستورية بعدم دستورية النص وذلك بطريق الدعوى الأصلية والمباشرة ، ومحكمة الموضوع تسير في الخصومة دون توقف نظراً لعدم تحديد المواعيد بنصوص قانونية قاطعة.

أما في ظل المحكمة الدستورية العليا بمصر (فالأصل أن تحدد محكمة الموضوع لمن دفع بعدم الدستورية ميعاداً لإقامة الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا على ألا يتجاوز الميعاد ثلاثة أشهر من تاريخ قبول الدفع والإذن برفع دعوى الدستورية ، وميعاد الثلاثة أشهر الذي فرضه المشرع كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية المقامة لرفع الدعوى الدستورية المقامة من الخصوم هو .

ميعاد حتمي يقيد محكمة الموضوع والخصوم على حد سواء)[1] ،فإن تجاوزته محكمة الموضوع أو سكتت عن تحديد أي معاد تعين على الخصوم الإلتزام به ورفع دعواهم قبل انقضاء هذا الحد الأقصى وإلا كانت غير مقبولة [2] ،

ويخضع هذا الميعاد لما تخضع له مواعيد المرافعات من أحكام فيقبل الامتداد القانوني والوقوف والانقطاع [3].

والملاحظ أن المحكمة الدستورية العليا قد تشددت في ضرورة التقيد بمواعيد رفع الدعوى الدستورية عن طريق الدفع إلى الحد الذي منعت فيه قبول الدعوى حال عدم التقيد بهذا الشرط الشكلي في رفع الدعوى الأمر الذي جعل الرقابة على دستورية القوانين مقيدة بسبب هذا الشرط بالإضافة إلى أن ما يصل

([1]) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٤٢١.

([2]) جاء في حيثيات أحكام متعددة للمحكمة الدستورية العليا أن "المشرع قد رسم طريقاً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم إقامتها وربط بينه وبين المعاد المحدد لرفعها، فدل بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية، فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته و لا تقبل إلا إذا رفعت خلال الاجل الذي ناط المشرع بمحكمة الوضوع تجديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر وهذه الأوضاع الإجرائية- سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها- إنما تتعلق بالنظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية في التقاضي تغيأ المشرع بها مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها القانون وفي الموعد الذي حدده، ومن ثم فإن ميعاد الأشهر الثلاثة الذي فرضه المشرع على نحو آمر... ميعاد حتمي يتعين على الخصوم الالتزام به لرفع الدعوى الدستورية...".

- أنظر أحكام المحكمة الدستورية العليا رقم ٢٠٠ لسنة ١٩ ق. د جلسة ١٩٩٨/١٢/٥.ج ٩ ص٨١، حكم المحكمة بالقضية رقم ٤٨ لسنة ١٩ق.د جلسة ١٩٩٩/٣/٦. ج٩ ص٢١٠، والحكم في القضية رقم ١٩٠ لسنة ١٩ ق.د. جلسة ٢٠٠١/٣/١٢م. ص٨٦٥، والحكم في القضية رقم ٢٢١ ق.د جلسة ٢٠٠١/٧/٧م، ص١٠٠٩.

([3]) لمزيد من تفاصيل وقف الدعوى وتأجيلها يراجع أ.د. رمزي الشاعر- المرجع السابق، ص٤٢٢ ومابعدها. د.هشام محمد فوزي، المرجع السابق، ص٢١٥ ومابعدها.

إليها عن طريق الدفع قد مر بمرحلة رقابة قضائية متمثلة في التحقق من جدية الدفع ، وحتى في ظل التحقق من الجدية إذا تراخى المدعي فقدَ حقه في الدعوى الدستورية واستأنفت محكمة الموضوع الفصل في النزاع الأصلي دون الفصل في دستورية القوانين ، وهذا جوهر الخلاف بين موقف القضاء الدستوري في مصر واليمن وكذا الولايات المتحدة الأمريكية والتي يستطيع فيها قضاء الموضوع أن يفصل في الدفع ثم يرفع ذلك أمام المحكمة العليا للبت في الدعوى الدستورية، في الوقت الذي غُلت فيه يد القضاء العادي في مصر من نظر الدعوى الدستورية وغُلت يد القضاء الدستوري بسبب التضييق على قبول الدعوى الدستورية بشروط شكلية- منها المواعيد ، وشرّوط موضوعية أهمها شرط المصلحة والذي نأتي لبيانه في التالي.

الفرع الثالث

شرط المصلحة في الدعوى الدستورية

من المتفق عليه أن القاعدة العامة في شأن كافة الدعاوى أنه (حيث لا مصلحة لا دعوى) وهذه القاعدة قائمة بالنسبة للدعوى الدستورية شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى [1] ومع التسليم بهذه القاعدة فإن مفهومها ونطاقها يختلف في الدعوى الدستورية باختلاف طريقة تحريكها وبصاحب الحق في رفعها.

فالنظم التي تقرر حق الأفراد كافة في رفع دعاوى مبتدأة (عن طريق الدعوى الأصلية) لا تبالغ في اشتراط توافر المصلحة الشخصية والمباشرة وتغلب المصلحة العامة المتمثلة في المحافظة على نصوص الدستور من التغيير أو إنتهاك الحقوق التي كفلها الدستور من قبل سلطة التشريع العادي أو اللائحي. وتسير في هذا الإتجاه النظم التي تقرر حق الطعن بعدم الدستورية للمؤسسات والسلطات العامة وكذا حالة إحالة نص قانوني أو لائحي للمحكمة الدستورية بواسطة إحدى المحاكم بمناسبة دعوى قائمة أمامها [٢] وإذا كان توافر المصلحة الشخصية في الإحالة محل خلاف [٣]، فإن الاتفاق قائم بغياب فكرة المصلحة الشخصية المباشرة في حالة التصدي من قبل المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها لبحث دستورية نص أثناء نظرها لنزاع قائم [٤].

والواقع أن اشتراط توافر المصلحة في الدعوى الدستورية قد يكون سنده نص القانون الخاص بتنظيم القضاء الدستوري سواء في ظل مركزية الرقابة أو لا مركزيتها ، وقد يكون سنده القواعد العامة في قانون المرافعات ، وقد يبالغ القضاء في اشتراطه من خلال أحكامه المتعاقبة دون نص خاص في القانون المنظم للدعاوى المتعلقة بعدم الدستورية، كما قد يطلق العنان لنفسه من خلال عدم المبالغة في اشتراط المصلحة الشخصية والمباشرة والمستمرة لمقدم الدفع بعدم

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١٦٥.

(2) د. محمد عبدالسلام مخلص، نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء، ص٢٤٩.

(3) أ.د. يسري العصار، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء وفي الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص٧١.

(4) المرجع السابق، ص ٧٢.

الدستورية وبالتالي يختلف موقف القضاء الدستوري ومدى رقابته من خلال التطبيق باشتراط المصلحة الشخصية أو توسيع الرقابة من خلال تجاوز هذا الشرط وللفقه في كل ذلك مواقف وتعليقات نوردها في البنود التالية:-

أولاً: موقف التشريع من شرط المصلحة:

نشير في البداية إلى أن المشرع اليمني لم يخص القضاء الدستوري بتنظيم وقواعد خاصة بالرغم من أنه أخذ بمبدأ مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين وبنص في الدستور ما لبث أن أعاده في قانون السلطة القضائية مع تمييز الدائرة الدستورية بالإختصاصات التي منها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والقرارات وبتشكيلها الخاص والذي ضم فقط رؤساء بعض الدوائر الأخرى ورئيس المحكمة العليا ،الأمر الذي يعني عدم وجود دائرة دستورية متفرغة للاختصاصات المسندة إليها.

وهو بذلك يحيل فيما يتعلق بالشروط العامة لرفع الدعاوى والدفوع إلى قانون المرافعات دون نص خاص ينظم هذه الإحالة عند عدم وجود قاعدة خاصة تحكم الدعاوى الدستورية.

وبالنظر إلى قانون المرافعات نجده ينص صراحة على أن "لا تقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة تقرها القوانين النافذة"(1) كما خول القانون ذاته للمحكمة أن "تحكم بعدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع إذا تبينت ولو من تلقاء نفسها- أن لا صفة أو مصلحة فيها ، في أي مرحلة من مراحل الدعوى"(2).

وإن كان القانون قد جعل بحث الصفة والمصلحة وتحقق توافرهما من إطلاقات محكمة الموضوع أيا كانت درجتها وكذا من إطلاقات القضاء أيا كان نوعه ، فإن الإطلاق المستفاد من عموم لفظ (أي دعوى) ولفظ (مصلحة) التي لم يقرنها أو يشترط فيها أن تكون (شخصية ومباشرة) يجعل من سلطة القضاء واسعة في تفسير المصلحة في الدعاوى الدستورية إلى أوسع نطاق- وهذا ما ذهبت إليه

(1) المادة ٥٥ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م.

(2) المادة ٥٦ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م.

المحكمة العليا كما سنبين لاحقاً ، انطلاقاً من مسلك المشرع اليمني الذي لم ينظم القضاء الدستوري بقواعد خاصة كما سبق الإشارة.

أما فيما يتعلق بمسلك المشرع المصري فإن كان جانبُ من الفقه يرى ضرورة توافر شرط المصلحة الشخصية والمباشرة في كافة الطلبات والدفوع المقدمة أمام المحكمة الدستورية فيما عدا طلبات تفسير القوانين [1]، إلا أنه يؤكد أن اشتراط توافر المصلحة في الدعاوى الدستورية يتفق مع المبدأ العام الذي ينطبق على كل الدعاوى والذي بمقتضاه ينبغي أن تتوافر المصلحة في أي طلب أو دفع يقدم أمام القضاء "وبناءاً على هذا فإن اشتراط المصلحة في كل طلب أو دفع يقدم أمام المحكمة الدستورية العليا يجد سنده في قانون المرافعات بالإضافة إلى كونه تطبيقاً لمبدأ عام لا يحتاج لنص خاص"[2].

وبالتالي نجد أن المشرع المصري لم ينص صراحة على اشتراط المصلحة الشخصية والمباشرة والمستمرة في الدعاوى الدستورية بالرغم من أنه نظم بقواعد خاصة القضاء الدستوري والإجراءات التي تتخذ أمام القضاء الدستوري وأحال بنص خاص إلى قانون المرافعات فيما لم يرد به نص خاص [3].

ولا يخرج عن هذا المبدأ سوى حالة التصدي من قبل المحكمة الدستورية العليا لبحث دستورية أحد النصوص ذات الصلة بالنزاع المطروح عليها وكذلك الطلبات المتعلقة بتفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين [4].

أما المشرع الدستوري والقانوني في الولايات المتحدة الأمريكية فلم ينص على شرط المصلحة الشخصية في الدعوى الدستورية لأن القضاء الدستوري نشأ وتطور بعرف قضائي نظم أحكام التداعي فيما يتعلق بالدعاوى الدستورية ، وأهم الاشتراطات التي ألزم نفسه بها هي ضرورة وجود خصومة جادة وموضوعية

---

(1) أ.د. يسري العصار، شرط المصلحة.....، مرجع سابق، ص٤٨.

(2) المرجع السابق، ص٥٠.

(3) المادة ٢٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية العليا. (فيما عدا ما نص عليه هذا الفصل تسري على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التي تقدم إلى المحكمة الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لايتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها).

(4) أ.د. يسري العصار، شرط المصلحة.....، مرجع سابق، ص٥٠.

وكذا ضرورة توافر المصلحة الشخصية لدى مقدم الدفع بعدم دستورية القوانين (١) دون نص قانوني بتوافر هذه الشروط.

وإذا كان هذا مسلك المشرع القانوني فيما يتعلق بشرط المصلحة في الدعوى الدستورية فإن مسلك القضاء الدستوري سيختلف تبعاً للاجتهادات التي رأها بمناسبة الرقابة على دستورية القوانين ، وسنجد ذلك واضحاً عند دراستنا لموقف القضاء المقارن فيما يتعلق بشرط المصلحة على النحو التالي.

ثانياً: موقف القضاء الدستوري من شرط المصلحة:

بما أن القانون لم يحدد بقواعد خاصة معايير توافر شرط المصلحة في الدعاوى الدستورية فإن القضاء الدستوري سيختلف تبعاً لذلك باشتراط المصلحة والتشدد فيها أو تجاوزها بحسب ما إذا كان النظام القانوني يعتمد طريقة الدعوى الأصلية والمباشرة في الطعن بعدم الدستورية- فيوسع من قبول الدعاوى الدستورية دون توافر شرط المصلحة- أو يضيق من قبول تلك الدعاوى بمنعه للدعوى الأصلية- وكذلك سيختلف إتجاه القضاء الدستوري في اشتراط توافر شرط المصلحة تبعاً لنوع الرقابة القضائية التي يعتمدها فإذا كانت الرقابة لا مركزية فاشتراط المصلحة المباشرة للطاعن مهمة للنظر في الدعوى المنظورة خلال الدفع بعدم الدستورية، أو أنه يعتمد مركزية الرقابة القضائية وفي هذه الحالة سيختلف دور القضاء الدستوري في التطبيق على الرقابة أو التوسيع منها من خلال شرط المصلحة المباشرة وهذا ما نراه واضحاً من خلال استعراض دور القضاء الدستوري في اليمن ومصر والولايات المتحدة الأمريكية.

ففي اليمن تيسر للمحكمة العليا- الدائرة الدستورية- مناقشة شرط المصلحة في الدعوى الدستورية في القضية المشهورة والمتعلقة بالطعن المباشر بعدم دستورية قانون السلطة المحلية سالف الإشارة (١).

---

(١) يراجع أ.د. احمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين مرجع سابق، ص٢٠٧، ص٢١٢. وجميع المراجع معتمدة عليه فيما يتعلق بدراسة مسلك القضاء الدستوري بالولايات المتحدة الأمريكية وخاصة الأمثلة المتعلقة بشرط المصلحة في الدعوى الدستورية وكذا نشأة النظام القضائي والدستوري بالولايات المتحدة الأمريكية.

حيث أثار رد الحكومة مسألة شروط قبول الدعوى الدستورية أمام المحكمة العليا وإن أهمها (عدم قبول الدعوى لإنتفاء شرط المصلحة الشخصية المباشرة فيها)[٢] إستناداً إلى نص المادة (٥٥) من قانون المرافعات متسائلاً في الرد المقدم من ممثل الحكومة عما هي المصلحة لأصحاب هذه الدعوى بعدم الدستورية المتعلقة بقانون السلطة المحلية خاصة وأن رافع الدعوى قد تقدم بطعن مباشرة أمام المحكمة العليا دون سابق خصومة.

وقد جاء رد المحكمة العليا واضحاً (فيما يتعلق بعدم قبول الدعوى لإنتفاء شرط المصلحة الشخصية المباشرة باعتبار أن هذا الدفع هو الأخر مردود عليه بالمنصوص عليه في المادة (٥٥) مرافعات التي تقرر شرط المصلحة بقولها: لا تقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة تقرها القوانين النافذة، فالنص بصريح منطوقه يحمل نوعين من الدلالة، دلالة العموم المستفاد من عبارة (أي دعوى..) ودلالة الإطلاق المستفاد من عبارة (لصاحبه فيه مصلحة) فعبارة (مصلحة) هذه لم يقرنها أو يشترط فيها أن تكون (شخصية ومباشرة) غاية ما هنالك أنه اشترط في المصلحة (أن تقرها القوانين النافذة) فمن أين جاء للدفع أن يقرر في المصلحة أن تكون (شخصية ومباشرة) حال أن النص لم يذكرهما أو يشر إليهما، وحال أنهما لم يشرع لهما بنص إجرائي للدعوى الدستورية بخصوصهما حتى يستقيم للدفع ماذهب إليه)[٣] .

وقد أكدت المحكمة العليا في حيثيات ردها على دفع ممثل الحكومة أنه (يتعين النظر إلى الفرق بين متعلق المصلحة في الدعاوى العادية ومتعلقها في الدعوى الدستورية، ففي حين أن المصلحة في الأولى تستهدف حماية حق ذاتي لرافع الدعوى فإنها في الثانية تستهدف حماية الشرعية الدستورية، وكفالة السيادة والسمو لأحكام الدستور، وذلك بإهدار النصوص القانونية المطعون فيها، حال يثبت أنها مخالفة أو متعارضة مع أحكام الدستور، ومع التسليم بضرورة توافر شرط المصلحة لقبول الدعوى الدستورية إعمالاً لقاعدة (المصلحة مناط الدعوى)

---

(1) وهي الدعوى الدستورية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م بتاريخ ١٥ رجب ١٤٢٢هـ الموافق ٢/١٠/٢٠٠١م، الجريدة الرسمية العدد (١٩)، ج١، أكتوبر ٢٠٠١م.

(2) الحكم سالف الإشارة.

(3) الحكم سالف الإشارة.

إلا أن اقتران المصلحة بالشخصية والمباشرة ليس له سند من القانون فضلاً أنه لا يستقيم مع طبيعة هذه الدعوى حال كونها ابتدائية كما هو الحال في الدعوى المنظورة)(١).

وما ذهبت إليه المحكمة العليا من عدم اشتراط توافر شرط المصلحة المباشرة في الدعوى الدستورية هو نتيجة منطقية لتسليمها بقبول الدعوى المباشرة إستناداً إلى نص الدستور وقانون السلطة القضائية وقد أحسنت المحكمة العليا بهذا المسلك الذي يوافق إتجاه الدستور والقانون من بسط الرقابة القضائية على دستورية القوانين ومراقبة إنحراف سلطة التشريع أياً كانت .

وإن كانت من الناحية العملية لم تمارسها كما ينبغي ولم يتح لها ذلك بسبب قلة الطعون بعدم الدستورية وذلك لغياب الوعي القانوني بسمو الدستور أو احترامه وضعف أداء المؤسسة القضائية بدورها المنوط بها وإنعدام الثقة باستقلالها وعدم ترسخ ذلك في أذهان رجال القانون وعدم قيامهم بدورهم بتلك الرقابة لأن القضاء لا يمكن أن يتصدى لرقابة القوانين دون طعن سواء عن طريق الدعوى الأصلية أو الدفوع والأخيرة لن تتم إلا في ظل وعي جماعي بحماية الشرعية الدستورية وترسيخ استقلال القضاء.

هذا ما أقرته المحكمة العليا بشأن شرط المصلحة الشخصية والمباشرة في الدعوى الدستورية فوسعت من قبول الدعاوى بعدم الدستورية ووسعت بذلك رقابتها على القوانين.

أما في مصر فقد ضيق القضاء الدستوري على نفسه وهو ما نبينه من خلال استعراض اتجاهات القضاء في اشتراطه للمصلحة المباشرة والمستمرة والقائمة والحالة والمادية أو المعنوية والقانونية والشخصية (٢)، في الدعوى الدستورية.

فيعتبر توافر المصلحة في الدعوى الدستورية شرطاً لقبولها ومناط هذه المصلحة أن يكون ثمة ارتباط بين طلبات المدعي في دعواه الدستورية وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية وذلك بأن يكون الحكم الصادر في

---

(1) الحكم سالف الإشارة.

(2) د. يسري العصار، شرط المصلحة..، مرجع سابق، ص١٠٢.

المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع [1].

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على الأخذ بهذا المفهوم للمصلحة في الدعوى الدستورية وتواترت أحكامها في هذا الإتجاه مؤكدة أنه (لا يجوز الطعن على النصوص التشريعية إلا بعد توافر شرطين أوليين يحددان معاً مفهوم المصلحة الشخصية المباشرة ولا يتداخل أحدهما مع الأخر أو يندمج فيه وإن كان استقلال كل منهما عن الآخر لا ينفي تكاملهما وبدونهما مجتمعين لا يجوز لهذه المحكمة أن تباشر رقابتها على دستورية النصوص التشريعية، أولهما :أن يقيم المدعي- وفي حدود الصفة التي اختصم بها النص التشريعي المطعون عليه الدليل على أن ضرراً واقعياً- اقتصادياً أو غيره- قد لحق به ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشراً ومستقلاً بعناصره ممكناً إدراكه وليس ضرراً متوهماً أو نظرياً أو مجهلاً، ثانيهما: أن يكون مرد الأمر في هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون عليه بما مؤداه قيام علاقة سببية بينهما تحتم أن يكون الضرر المدعى به ناشئاً عن هذا النص ومترتباً عليه...)[2] وفي حكم آخر تقرر أنه (يشترط لقبول الدعوى الدستورية توافر المصلحة فيها، ومناطها أن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازماً للفصل في مسألة كلية أو فرعية تدور حولها رحي الخصومة في الدعوى الموضوعية...)[3].

([1]) المستشار د. حنفي علي الجبلي، الدعوى الدستورية، مقالة بمجلة الدستورية، العدد ٣، السنة الأولى، ٢٠٠٣، ص١٤.

([2]) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية رقم (٢٥) لسنة ٦ق، الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٢/٢/١م، الجريدة الرسمية، العدد ٨ بتاريخ ١٩٩٢/٢/٢٠م.

([3]) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٢٧) لسنة ١٨ق الحكم صادر في الجلسة ٢٠٠٣/٥/١١، وأحكام المحكمة الدستورية بهذا المعنى كثيرة منها:-

- الدعوى الدستورية رقم ٤١ لسنة ١١ ق الحكم صادر بجلسة ٢٠٠٠/١/٨م.
- الدعوى الدستورية رقم ٣ لسنة ١٤ق، الحكم بجلسة ١٩٩٣/٢/٦م، الجريدة الرسمية العدد ٧، تاريخ ١٩٩٣/٢/١٨م.
- الدعوى الدستورية رقم (٩٢) لسنة ١١ق، الحكم بجلسة ٢٠٠١/١/٦م.

كما اشترطت المحكمة الدستورية العليا أن تكون (المصلحة شخصية ومباشرة فلا تقبل الدعوى الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء كان الضرر قد وقع فعلا أم كان وشيك الوقوع ، ويتعين أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، ومستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها، ممكناً تحديده وإدراكه ومواجهته بالترضية القضائية عائداً في مصدره إلى النص المطعون عليه فإذا لم يكن هذا النص قد طبق على المدعي أو كان من غير المخاطبين بأحكامه أو كان قد أفاد من مزاياه أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إلى هذا النص تنتفي مصلحته في إقامة الدعوى الدستورية)[١].

واكتفت المحكمة الدستورية العليا مؤخراً في أن تكون المصلحة محتملة وذلك استناداً للقاعدة العامة المقررة في قانون المرافعات والتي تشير أن (تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من طلب الاحتياط لرفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه)[٢].

وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن (المصلحة المحتملة تكفي لقبول الدعوى الدستورية، فإذا جاء النص المطعون فيه يحول دون دفع المشغولات الذهبية التي لا يقيم المدعى الدليل على دخولها البلاد بطريق غير مشروع يخرجها عملاً من دائرة التعامل فإن توقي هذا الضرر المحقق هو ما تقوم به مصلحته الشخصية في الدعوى الماثلة)[٣].

وهو ما أكدته المحكمة في أحكام عديدة من أن (وقف تنفيذ عقوبة الغرامة المقضي بها بأن الحكم بعد دستورية النص المطعون فيه يوفر للمدعى مصلحة محتملة في أن تأمر محكمة الموضوع بوقف تنفيذ عقوبة الغرامة التي نص عليها

([1]) طبقت هذا المبدأ المحكمة الدستورية في العديد من أحكامها.

- الدعوى الدستورية رقم (٤) لسنة ١٩ق، الحكم بجلسة ١٩٩٨/١١/٧م.
- الدعوى الدستورية رقم (٢٥) لسنة ٦ق، الحكم بجلسة ١٩٩٢/٢/١م، سابق الإشارة إليه.

([2]) المادة ٣ الفقرة ٢ من قانون المرافعات المصري.

([3]) الدعوى الدستورية رقم ٥٨ لسنة ١٨ق دستورية جلسة (٥) ٧يونيه ١٩٩٧م المجموعة (٨) قاعدة رقم ٤٨.

قانون الزراعة فيما لو انتهت إلى إدانته عن الجريمة التي تضمنها الاتهام فإن مصلحته الشخصية والمباشرة في النزاع الماثل تكون قد توافرت)[١] وبهذه الأحكام هجرت قضائها بعدم قبول الدعوى حال المصلحة المحتملة [٢].

ويستوي أن تكون المصلحة مادية أو معنوية أو أدبية [٣] فقد جاء في حكم المحكمة الدستورية أن (إنقضاء مدة وقف تنفيذ العقوبة دون أن يصدر خلالها حكم بإلغائه وأن كان يترتب عليه اعتبار الحكم كأن لم يكن عملاً بنص المادة ٥٩ من قانون العقوبات، وهو ما يعد بمثابة رد اعتبار قانوني للمحكوم عليه، إلا أن للمدعي مصلحة أدبية في أن تعاد محاكمته لإثبات براءته من الجريمة التي نسب إليه ارتكابها وإزالة الشوائب التي علقت باسمه وهو ما يتحقق بعدم دستورية القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧م والقرار بقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٦٧م المطعون بعدم دستوريته)[٤].

إلا أنه يتعين في كل الأحوال استمرار توافر شرط المصلحة عند إقامة الدعوى الدستورية حتى الحكم فيها، ويستثنى من ذلك إذا ما تم إلغاء النص التشريعي الطعين بعد أن يكون قد طبق خلال فترة نفاذه على المدعي، (فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية ومن قبلها المحكمة العليا على أن المصلحة في الدعوى

---

(1) الدعوى الدستورية رقم ٣٧ لسنة ١٥ق.د جلسة ١٩٩٦/٨/٣م.

(2) كانت بعض أحكام المحكمة الدستورية العليا لم تقبل المصلحة المحتملة ومنها حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٨٩/٥/٢١م في القضية رقم ١١ لسنة ٨ق، المجموعة ج٤، ص٢٣٦، وهو ما صادف نقداً من الفقه يراجع د.يسري العصار، شرط المصلحة...، مرجع سابق، ص١٠٣.

(3) يراجع د.عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٥٤. د. عادل الشريف، مرجع سابق، ص٤٣٩، المستشار د. منير عبدالمجيد، أصول الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص٤٥.

(4) القضية الدستورية رقم ٨ لسنة ٥ق.د جلسة ١٩٧٦/٣/٦م، مجموعة المحكمة العليا قسم ١ ج١ ص٣٤٥.

الدستورية لا تزول إذا ألغي القانون المطعون فيه بأثر فوري بعد رفع الدعوى)[1].

ومن القضايا التي تشير إلى شرط استمرار المصلحة، دعوى زوجة ضد زوجها طالبة الطلاق إستناداً للضرر وسوء العشرة، ولزواجه عليها بأخرى عملاً بالمادتين (٦ و١١ مكرر٢) من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩م الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م.

فدفع الزوج بعدم دستورية المادة الأخيرة لمخالفتها للمادة الثانية [2] من الدستور فأجابته المحكمة الموضوع، وبعد رفع الزوج للدعوى الدستورية تنازلت الزوجة عن طلبها بالتطليق استناداً للمادة ١١ مكرر ٢ واكتفت بطلب الطلاق بسبب الضرر وسوء العشرة، وامتنع بالتالي النظر في الدعوى الدستورية ضد الفقرة الأخرى المتعلقة بالزواج بأخرى كأحد حالات طلب الطلاق (ومؤدى ذلك أن أبطال النص التشريعي المطعون عليه في الدعوى الدستورية التي أقامها الزوج لن يعود بأية فائدة عملية عليه يمكن أن يتغير بها مركزه بعد الفصل في هذه الدعوى)[3].

(ويؤدي اشتراط المحكمة الدستورية لاستمرار المصلحة في الدعوى حتى الحكم فيها أنه لو زالت هذه المصلحة بعد رفع الدعوى وقبل الحكم فيها فإن المحكمة تقضي بانتهاء الخصومة وإن كانت في أحكام أخرى قد قضت بعدم قبول الدعوى)[4].

وفي ظل قصر حق المواطنين في تحريك الدعوى الدستورية بطريق الدفع الفرعي وفي ظل مبالغة المحكمة الدستورية في اشتراط المصلحة الشخصية والمباشرة والمستمرة لصاحب الدفع، فإن ذلك يؤدي إلى إرتهان الفصل في

([1]) د. يسري العصار، شرط المصلحة...، مرجع سابق، ص١٠٨ يراجع في هذا التطبيق المبدأ حكم المحكمة العليا بتاريخ ١٩٧١/١٢/٤م، الدعوى الدستورية رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢م الخاص بتحديد إيجار الأماكن.

([2]) المادة ٢ من دستور جمهورية مصر تنص على أن الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع.

([3]) الدعوى الدستورية رقم ١٠ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٩٤/٥/٧م، ج٦.

([4]) د. يسري العصار، شرط المصلحة...، مرجع سابق، ص١٠٨.

دستورية القوانين بإرادة الفرد مقدم الدفع فله أن يتنازل عن دعواه الأصلية [1] أو يسقط الخصومة ، وتتأثر تبعاً لذلك مصير الدعوى الدستورية ويتسائل جانب من الفقه- بحق- كيف تربط مصير الدعوى الدستورية بمصير الدعوى الموضوعية التي قد تنقضي بالتنازل أو الترك أو غيرهما من الأسباب وتظل دستورية النص المطعون فيه محل نظر وموضع خلاف [2] مع أن المحكمة الدستورية تستطيع وفقاً لقانونها الحالي أن توسع من نطاق رقابتها على دستورية القوانين باستبعاد شرط إستمرار شرط المصلحة وتكتفي بتوافرها وقت رفع الدعوى.

هذا ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا ومن قبلها المحكمة العليا من التضييق على مبدأ الرقابة على دستورية بمبالغتيهما في اشتراط المصلحة الشخصية والمباشرة والمستمرة [3] في قبول الدعوى الدستورية، وعلى مستوى

---

(1) أنظر الحكم الصادر بجلسة ١٩٨٣/١٢/٢م، في الدعوى الدستورية ٣١ لسنة ٢ق.د جاء فيه (إذا كان المستهدف من الدعوى الدستورية الماثلة التي تحركت بطريقة الإحالة من محكمة الموضوع هو الفصل في مدى دستورية المادة ٢٢٦ مدني وكان المدعيان قد نزلا عن طلب الفوائد القانونية الذي كان قد أبدياه أمام محكمة الموضوع وأثبت هذا النزول في مذكرة وكيلهما المقدمة إلى هيئة المفوضين... ولما كان ذلك النزول عن الحق الشخصي المدعى به عملاً قانونياً يتم بالإدارة المنفردة وينتج أثره في إسقاطه وبالتالي يترتب على تنازل المدعي عن طلب الفوائد القانونية انتفاء مصلحتهما في الفصل في مدى دستورية المادة ٢٢٦ من القانون المدني الخاص بالفوائد القانونية فذلك لم يعد لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية ولما كان ما تقدم فإنه يتعين الحكم بعدم قبول الدعوى). وإلى نفس المبدأ أشار الحكم في الدعوى الدستورية رقم ٣٠ لسنة ١١ ق.د. بجلسة ٢٨ يوليو ١٩٩٠م.

(2) د. يسري العصار، شرط المصلحة...، مرجع سابق، ص١١٣.

(3) جاء في حكم المحكمة الدستورية العليا "وحيث إنه يشترط لقبول الدعوى الدستورية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن تتوافر للمدعي مصلحة شخصية مباشرة في دعواه وقت رفعها وأن تستمر تلك المصلحة حتى الحكم فيها"، الحكم صادر بجلسة ١٩٩١/٣/٢م- المجموعة، ج٤، ص٣٠٩ ولذا فقد اعتبرت المحكمة الدستورية الخصومة منعدمة إذا توفي المدعي قبل إيداع صحيفة الدعوى الدستورية وحكمت بانقطاع سير الخصومة إذا كانت الوفاة بعد إيداع الصحيفة وقبل أن تتهيأ للحكم في موضوعها. يراجع في هذا حكم الدستورية العليا القضية رقم ٩١ لسنة ١٢ق.د الحكم بجلسة ١٩٩٣/١/٢م. وكذا حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٩٦ لسنة ١٢ق.د. الحكم بجلسة ١٩٩٣/٧/٥م.

الواقع العملي فما وصل إلى يد المحكمة الدستورية العليا من قضايا وحكمت فيها بتوافر شرط المصلحة- من وجهة نظرها- وحكمت بالتالي بعدم دستورية النص الطعين أو بدستوريته يعد كثيراً مقارنة بتضييقها على نفسها بالمبالغة في إحراز هذه الشروط ومقارنة بحصر رفع الدعوى الدستورية للأفراد عن طريق الدفع الفرعي، في الوقت الذي وسعت المحكمة العليا في اليمن من قبول الدعوى بتجاوزها عن شرط المصلحة الشخصية والمباشرة لمقدم الطعن المباشر أو الدفع الفرعي ومع ذلك لم تنتج عنها رقابة محققة وفعالة إلى وقتنا هذا وقد يأتي ذلك لغياب الوعي لدى الأفراد بضرورة حماية الشرعية الدستورية من أي تعديل أو مخالفة، أو بسبب كثرة التعديلات الدستورية التي تتم بين حين وآخر الأمر الذي يفقد مبدأ سمو الدساتير من وعي الأفراد والسلطات العامة.

وإذا كان هذا هو مآل مسلك المحكمة الدستورية العليا بمصر والمحكمة العليا في اليمن فإن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية (1) قد أضافت إلى شرط المصلحة في الدفع بعدم الدستورية شرطاً آخر مفاده أن يرد ذلك الدفع في منازعة جدية وأن لا تكون المنازعة مفتعلة افتعالاً من أجل الوصول إلى تقرير عدم دستورية نص معين.

وقد ذهبت المحكمة العليا الأمريكية إلى أنه لقيام النزاع أو الخصومة بصفة جدية فإنه يتعين وجود طرفين متنازعين تعرض إدعائاتهما أمام القضاء للفصل فيها، وطبقت المحكمة العليا هذا المبدأ في عدة قضايا (2).

---

(1) لتفاصيل مسلك المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية فيما يتعلق بشرط المصلحة يراجع:- أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٢١٣. أ.د. يحيى الجمل، مرجع سابق، ص١٦٨.

(2) في قضية شركة شيكاغو للسكة الحديد ضد ويلمان تبين للمحكمة العليا أنه لا توجد خصومة حقيقية ولذا قررت أنه (ليس للمحكمة اختصاص عام بالإشراف على دستورية القوانين وأنها إنما تختص بذلك إذا أثيرت هذه المشكلة في معرض خصومة حقيقية جادة بين أطراف تتعارض مصالحهم وادعاءاتهم) يراجع في ذلك: أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٢٠٨. يراجع أمثلة قررت فيها المحكمة عدم توافر شرط المصلحة، ص٢١٣. والأمثلة التي قررت فيها توافر شرط المصلحة الشخصية، ص٢١٦، نفس المرجع.

وبهذا يتبين لنا التميز بين مسلك القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية والذي حدد بنفسه معايير شرط المصلحة وبين مسلك القضاء الدستوري في مصر والذي ينطلق أساساً من نص قانوني قيد حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية عن طريق الدفع الفرعي وحسب ، وبين موقف القضاء في اليمن والذي أطلق العنان له الدستور والقانون ولم يشترط المصلحة الشخصية والمباشرة لرافع الدعوى الاصلية أو الدفع الفرعي في الوقت الذي قيد القضاء نفسه بوضع الكفالة في الدعوى الأصلية ولم تصل إلى يد المحكمة العليا أي دعوى عن طريق الدفع أو الإحالة نظراً لعدم وجود خبرة قضائية ولغياب الوعي بالرقابة القضائية على دستورية القوانين وغياب تدريس الرقابة على دستورية القوانين إلى يومنا هذا ، ونأتي هنا لبيان موقف الفقه من شرط المصلحة.

ثالثاً: موقف الفقه من شرط المصلحة في الدعوى الدستورية:

يؤيد الفقه ضرورة توافر شرط المصلحة في الدعوى الدستورية (١) حتى أن أغلب الفقهاء الذين ينادون بتطبيق أسلوب الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية يرون اشتراط توافر المصلحة الشخصية والمباشرة لدى

---

(١) انظر د.يسري العصار، شرط المصلحة...، مرجع سابق، ص٧٠.
- إبراهيم محمد علي، المصلحة في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م.
- أحمد هبة، موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية، المطبعة الفنية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص٨٢.
- د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص١٥٥.
- د. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٩٤م، ص٢٣٩.
- د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، ، مطابع دار الشعب، القاهرة، ١٩٨٨م، ص٤٣٦.
- محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، عالم الكتب، ١٩٨٩م، ص٩٦.
- د. نبيلة عبدالحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، النهضة العربية، ١٩٩٣، ص١٨٤.
- د.يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص١٦٥.
- د. عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري، مرجع سابق، ص٦٨٩.

رافع هذه الدعوى لكي يمكن قبولها أمام المحكمة الدستورية [١] في الوقت الذي يذهب جانب من الفقه -وبحق- أن اشتراط المصلحة الشخصية في الدعوى الأصلية ليس ضرورياً [٢] باعتبارها تستهدف الحماية الدستورية وأن تحقق هذه المصلحة كاف لقبول الدعوى دون أن تكون شخصية ومباشرة.

أما في حالة الدفع بعدم الدستورية فلم يخالف أحد من الكتاب في وجوب توافر المصلحة الشخصية لدى الطرف الذي يثير الدفع بعدم الدستورية ولكن الخلاف يظهر في اشتراط أن تكون المصلحة مستمرة ، الأمر الذي يجعل إستمرار النظر فيها مرهوناً بإرادة صاحب الدفع ، فيتم غض الطرف عن المخالفة الدستورية فيما لو تنازل صاحب الدفع أو ترك الخصومة، وقد تساءل جانب من الفقه- وبحق- كيف يتم ربط مصير الدعوى الدستورية بمصير الدعوى الموضوعية والتي قد تنقضي بالتنازل أو الترك [٣] خاصة وأن الدستورية العليا قد قررت في العديد من أحكامها أن ترك الخصومة يوقف نظر الدعوى الدستورية [٤] وأن إنتهاء الدعوى الدستورية مرتبط بأنها الخصومة الأصلية.

أما المصلحة في حالة الإحالة من قاضي الموضوع فيختلف الفقه في مدى توافرها لدى القاضي ، حيث يذهب جانب من الفقه إلى أن المصلحة الشخصية لا تتوافر في هذه الحالة [٥] في الوقت الذي يرى جانب آخر من الفقه إلى أن المحكمة التي تحيل نصاً قانونياً إلى المحكمة الدستورية العليا قد أثارت دفعاً بعدم الدستورية إستناداً إلى أن المشرع خولها هذا الحق، وأن قضاء المحكمة

---

(1) د. سعاد الشرقاوي، ود. عبدالله ناصف، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص٢٠٦. د.عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري، مرجع سابق، ص٦٨٩.

(2) د.سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠م، ص٣١٦.

(3) د. يسري العصار، شرط المصلحة....، مرجع سابق، ص١١٣.

(4) الدعوى الدستورية رقم (١) لسنة ٢٣ق.د. الحكم بجلسة ٢٠٠٢/٨/٢٥م، الجريدة الرسمية العدد٣٩، بتاريخ ٢٠٠٢/٩/٢٦، منشور في موسوعة النقض والدستورية العليا. د.أحمد مليجي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٥، ج٨، ص١٤٦.

(5) د. محمد عبدالسلام مخلص، نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء، ص٢٤٩.

الدستورية قد استقر على الحكم بعدم القبول حال الإحالة إذا لم يكن هناك ارتباطاً بين النص الطعين والحكم الذي يفصل في موضوع النزاع الأصلي (١).

أما في حالة التصدي من قبل المحكمة الدستورية العليا من تلقاء نفسها- لبحث دستورية أحد النصوص المرتبطة بالنزاع القائم أمامها فإن فكرة المصلحة الشخصية المباشرة لا تثار بصدد النص الذي تتصدى المحكمة لفحص دستوريته.

وبالتأمل لما ذهب إليه أغلب الفقه من ضرورة توافر شرط المصلحة الشخصية في حال تقديم الدفع المقدم من الأفراد فإن اقتران شرط المصلحة بالشخصية والمباشرة مبرراً في هذه الحالة دون غيرها ،أما إذا قرر المشرع تقديم الدعوى الأصلية فإن المصلحة تكون متوفرة دون اقترانها بشرط المصلحة الشخصية والمباشرة وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في اليمن- وبحق- ذلك أن غاية المشرع الدستوري الذي أقر حق الأفراد في تقديم الدعوى الأصلية مباشرة أمام المحكمة العليا غايته صون الشرعية الدستورية من أي انحراف تشريعي وتغليبه لمبدأ منع الخطأ التشريعي بالعمل القضائي.

كما أن المبالغة في اشتراط المصلحة الشخصية والمباشرة والمستمرة في حال تقديم الدفع دون نص قانوني بذلك يجعل مسألة مراقبة القضاء الدستوري للسلطة التشريعية مرهوناً بإرادة الفرد مقدم الدفع، علاوة على تضييق القضاء الدستوري على نفسه من خلال المغالاة في شرط المصلحة الشخصية والمباشرة والمستمرة.

ولذا يذهب جانب من الفقه- وبحق- أنه (يتضح من تأمل هذه الشروط مدى حرص المحكمة على تضييق نطاق الرقابة، بل إن المبالغة في هذا الحرص قد أدت في بعض المناسبات إلى القضاء على كل وسيلة للطعن في القانون)(٢).

وبهذا ننهي الحديث عن طريق الدفع بعدم الدستورية ونأتي للحديث عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع.

---

(1) د. يسري العصار، شرط المصلحة....، مرجع سابق، ص٧١.

(2) د. أحمد كمال أبو المجد، مرجع سابق، ص٢١٩.

المبحث الثالث

الإحالة من محكمة الموضوع

الإحالة هي الوسيلة الأولى من وسائل تحريك اختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة دستورية القوانين (١) وفقاً لقانونها (٢) وهذا الطريق مستحدث ولم يكن منصوصاً عليه في قانون المحكمة العليا (٣).

ولما كان الأصل أن القضاء مارس رقابة على دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة العليا فقد حرص المشرع على نزع الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين من القضاء بمختلف درجاته وأنواعه ، وجعله بيد محكمة مختصة مرجحاً بهذا مبدأ مركزية الرقابة وملغياً الرقابة اللامركزية فقد ذكر أول طريق لإتصال المحكمة الدستورية العليا بالإحالة من قاضي الموضوع.

ومؤدى طريق الإحالة أن يقوم لدى قاضي الموضوع شبهة في مخالفة النص التشريعي لأحكام الدستوري فيصدر حكماً بالإحالة مبيناً النص الطعين والنصوص الدستورية المدعى مخالفتها وأوجه المخالفة (٤).

وقبل الدخول في تفاصيل أحكام الإحالة في القانون الخاص بالمحكمة الدستورية العليا بمصر تشير إلى أن الدستور اليمني وقانون السلطة القضائية اللذين أقرا الرقابة على دستورية القوانين وحددا طرق الطعن بالدعوى المباشرة والأصلية أمام المحكمة العليا والدفع الفرعي لم يشيرا إلى طريق الإحالة من قاضي الموضوع.

والسؤال المطروح على بساط البحث ، هل حدد القانون طريقي الدعوى المبتدأة والدفع على سبيل الحصر؟ كما فعل المشرع المصري من تحديد طرق اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية بالدفع والإحالة والتصدي؟ ويتفرع عن هذا التساؤل السؤال الثاني : هل يملك قاضي الموضوع - في اليمن - إحالة

---

(1) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٢.

(2) القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م المادة ٢٩ الفقرة أ.

(3) القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م.

(4) المستشار د. منير عبدالمجيد، أصول الرقابة...، مرجع سابق، ص٩.

نص إلى المحكمة العليا نظراً لعدم دستوريتة دون دفع من الخصوم في ظل غياب نص يجيز له الإحالة؟

في محاولة الإجابة على هذا التساؤل نذكر بأن المشرع الدستوري اليمني أخذ بمبدأ مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واسندها للدائرة الدستورية بنص في قانون السلطة القضائية وقد أخذ بطريق الدعوى الأصلية والدفوع ، دون إشارة إلى باقي الوسائل الأخرى التي أشار إليها المشرع القانوني في مصر والمتمثلة في الإحالة والتصدي.

وبالرجوع إلى النص الدستوري نجده واضحاً في إطلاق حق الأفراد كافة في تقديم (الدعاوى والدفوع المتعلقة بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات)(1).

و بهذا يتبنى إتاحة الفرصة لجميع الأفراد في تقديم الطعون بعدم الدستورية وأمام المحكمة العليا مباشرة عن طريق الدعوى الأصلية، كما يمنح الأفراد حق تقديم الدفوع أثناء نظر القضايا أمام مختلف المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي وفي أي مرحلة تكون عليها الدعاوى.

وما دام ذلك كذلك فقد منح المؤسسات الرسمية والشخصيات المعنوية حق تقديم الدعاوى والدفوع كسائر الأفراد طالما اكتسبت تلك المؤسسات الشخصية المعنوية.

فهل يملك الجميع حق الرقابة على دستورية القوانين ويحرمها القاضي الذي ينظر النزاع؟

بالعودة إلى النص القانوني الذي اسند الاختصاص للدائرة الدستورية في أن (تفصل في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات وذلك بطريق الفصل في الطعون التي ترفع إليها بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات سواء عن طريق الدعوى المبتدأة أو الدفع)(٢) ، نجده واضحا في أخذ المشرع لطريق الدعوى المبتدأة المقدمة من جميع الأفراد، كما أنه لم يحدد طريقي الدعوى المبتدأة والدفع على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال.

---

(1) الفقرة أ من المادة ١٥٣ من دستور الجمهورية اليمنية ٢٠٠١م.

(2) الفقرة أ من المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١.

آية ذلك أن النص الدستوري ذكر الدعاوى بصيغة الجمع لا الإفراد، وأن النص القانوني صريح فلم تأت عبارة (طريقي) الدعوى المبتدأة والدفع، وإنما حدد طرق اتصال المحكمة العليا بعبارة (سواء عن طريق الدعوى المبتدأة أو الدفع) وبالتالي لم يحصر طرق الطعن، كما يؤكد على مبدأ فتح المجال لجميع الأفراد بتقديم (الدعاوى) ولا يمكن التسليم بحرمان قاضي الموضوع من مسألة تحريك الدعوى بعدم الدستورية عن طريق الإحالة إلى المحكمة العليا طالما أخذ المشرع اليمني بمبدأ مركزية الرقابة ومنح جميع الأفراد حق تقديم الدعاوى أو الدفوع.

والمبررات التي تمنح قاضي الموضوع الذي يشك بعدم دستورية نص- بالإضافة إلى ماسبق- هي نفس المبررات التي أستند إليها حكم مارشال الشهير سالف الإشارة ، فالقاضي قبل مباشرته لعمله (يقسم بالله العظيم أن يكون متمسكاً بكتاب الله وسنة رسوله وأن يحترم الدستور والقانون)[1] ، ومقتضى احترام الدستور أن لا يطبق نصاً مخالفاً له ومقتضى احترام القانون والدستور أن لا يفصل في دستورية أو عدم دستورية ذلك النص طالما أخذ الدستور والقانون بمركزية الرقابة والمخرج الذي يوفق بين النصين هو إحالته للنص المشكوك في دستوريته إلى المحكمة العليا وأن يوقف النظر في النزاع القائم إلى أن تفصل المحكمة العليا في دستورية ذلك النص من عدمه.

وإضافة إلى ذلك لا يمكن التسليم في ظل نظام قانوني يمنح جميع الأفراد حق الطعن المباشر أمام المحكمة العليا في أي قانون يرى مخالفته للدستور ويمنع القاضي وهو كسائر الأفراد له نفس الحق من أن يتقدم بدعوى عدم الدستورية.

وبالتالي لنا أن نذهب إلى أن لقاضي الموضوع- بل من واجبة القانوني- إحالة أي نص يرى مخالفته للدستور إلى المحكمة العليا وأن يوقف النظر في الخصومة القائمة إلى أن تفصل المحكمة العليا ، وعلى المحكمة العليا باعتبارها المختصة دون غيرها أن تفصل في قرار الإحالة هذا بحكم ، مع العلم أنه لا ينبغي أن يعامل قرار الإحالة من قاضي الموضوع معاملة الدعوى المباشرة فتطلب المحكمة العليا المبلغ الذي قررته لنفسها في الدعوى الأصلية لأن قرار الإحالة هو قرار من قاضٍ مختص بفصل النزاع إلا أن القانون منع القاضي من التعرض

---

(1) نص القسم في المادة ٨٥ الفقرة أ من قانون السلطة القضائية.

لدستورية النصوص وكلف المحكمة العليا دون غيرها ، ولذلك فالقاضي غير مختص نوعياً ولا يمكن أن يضار بقرار إحالته لعدم اختصاصه بالفصل في دستورية القانون أو النص الطعين.

وأن القول بخلاف ذلك معناه أن يمنح القاضي كفرد حق تقديم الطعن المباشر بتقديم دعوى مبتدأه أمام المحكمة العليا بعدم دستورية نص ونمنعه من ممارسة هذا الحق إذا ما جلس على منصة الحكم ، وهو أمر لا يقبله منطق في ظل إتاحة النص القانوني وذكره لطرق الطعن على سبيل المثال لا الحصر.

كما أن هذا القول غير مقبول في ظل نظام يسمح بإقامة الدعوى الأصلية والمباشرة للكافة فيحقق بهذا مبدأ الرقابة الشعبية على دستورية القوانين أمام المحكمة المختصة ، ولتحقيق ذلك المبدأ وتفعيل تلك الرقابة لا بد من السماح لقاضي الموضوع من إحالة أي نص يرى مخالفته للدستور (ذلك أن أطراف النزاع قد لا يستطيعون الوقوف على ما يشوب النص التشريعي من مثالب تشكل عيباً بعدم الدستورية)(١) وبذلك تساهم محكمة الموضوع في الحفاظ على مبدأ دستورية القوانين (٢) وتسعى إلى توحيد القضاء فيما يتعلق بالحكم بالدستورية من عدمها من قبل المحكمة العليا بدلاً من الإمتناع عن تطبيق القانون الذي تمارسه المحاكم في ظل غياب مركزية الرقابة على دستورية القوانين.

عوداً على بدء نشير إلى أن من أحكام الإحالة والتي تتضح من خلال إستقراء أحكام المحكمة الدستورية العليا ونصوص القانون أن على محكمة الموضوع أن تحدد في قضائها بالإحالة النصوص التشريعية المطعون عليها والنصوص الدستورية المدعى مخالفتها (٣)، وفي هذه الحالة لا يجوز عدول

---

(1) المستشار د. منير عبدالمجيد، أصول الرقابة القضائية...، مرجع سابق، ص٩.

(2) خالد عبدالله النقبي، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٤٢.

(3) استناداً لنص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، ويراجع حكم المحكمة الدستورية العليا، في القضية رقم ١٩ لسنة ٣ق، الجلسة ١٩٨٣/٤/٣م، الجريدة الرسمية، العدد١٥، بتاريخ ١٩٨٣/٤/١٥م، والتي اعتبرت فيه ذكر البيانات جوهرية حتى يتاح لذوي الشأن ومن بينهم الحكومة أن يتبنوا جميع جوانبها".

محكمة الموضوع عن الإحالة بعد تقريرها [1] ولا يجوز الطعن في قرار الإحالة أمام المحكمة الأعلى درجة [2]، كما لا يجوز ترك المسألة الدستورية أو التنازل عنها وطلب قصرها على بعض النصوص بعد قرار الإحالة [3] مع ضرورة تلازم الفصل في النصوص المحالة والقضية الأصلية المنظورة أمام محكمة الموضوع [4].

---

(1) جاء في حكم المحكمة الدستورية العليا "وحيث أن الأصل أنه متى أقيمت الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، دخلت هذه الدعوى في حوزتها، لتهيمن عليها وحدها ولايجوز لأية هيئة ذات اختصاص قضائي أن تنقض قرارها الصادر بإحالة مسألة دستوريته إليها بل يجب عليها أن تتربص قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية باعتباره فاصلاً في موضوعها" الحكم صادر بجلسة ١٩٩٤/٣/٥م، القضية رقم ٩٣ لسنة ١٢ق.د، مجموعة الأحكام الدستورية؛ ج٦، ص٢١٦، وحكم المحكمة الدستورية الصادر في ٢٠٠١/٥/٥، القضية ٢٥ لسنة ٢٢ق.د.

(2) جاء في حكم المحكمة الدستورية العليا "إذا كان قانون المحكمة- بتفويض من الدستور- قد رسم لإتصالها بالدعوى الدستورية طرقاً ثلاثة- على سبيل الحصر- من بينها الإحالة بحكم من محكمة الموضوع بعد وقف الدعوى المطروحة عليها فإن ذلك الحكم- حال صدوره- لا يعكس صورة نمطية من صور الحكم بوقف الدعوى تعليقاً المنصوص عليه في قانون المرافعات، والذي يجوز الطعن فيه على استقلال قبل صدور الحكم المنهي للخصومة الموضوعية بتمامها، إذ أن أحكام قانون المرافعات لا تسري- كأصل عام- إلا بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة اختصاص هذه المحكمة بالرقابة على دستورية النصوص التشريعية، ولازم ذلك أن الحكم الصادر من محكمة الموضوع بوقف الدعوى الموضوعية وإحالة أوراقها إلى هذه المحكمة للفصل في دستورية نص تشريعي يمتنع الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون المنظم له". حكم المحكمة بتاريخ ٢٠٠١/٥/٥م، في القضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ق.د، ج٩، ص٩١١.

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢١٥ لسنة ١٩ق. الحكم بجلسة ١٩٩٩/١٠/٢، مجموعة الأحكام، ج٩، ص٣٦٤.

(4) يراجع في نقد اتجاهات المحكمة: أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٤٤٠. وفي تقدير المصلحة في طريق الإحالة يراجع: المستشار د. حنفي علي جبالي، المصلحة في الدعوى الدستورية، مقالة بمجلة الدستورية العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو ٢٠٠٣، ص١٦.

والأصل أن قرار الإحالة يصدر من أي محكمة وأيا كانت درجتها ابتدائية أو إستئنافية- وأيا كان نوعها سواء جهة قضاء عادي أو إداري [١] إلا أن محكمة النقض لم تستخدم الإحالة وفي حكم شهير لها جاء فيه أن "للقضاء العادي التأكد من شرعية أو قانونية التشريع الأدنى بالتثبت من عدمه مخالفته للتشريع الأعلى فإن ثبت له هذه المخالفة اقتصر دوره على مجرد الامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى دون أن يملك إلغاءة أو القضاء بعدم دستوريته وحجية الحكم في هذه الحالة نسبية مقصورة على أطراف النزاع دون غيرهم ويستند هذا الاتجاه إلى أن القضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون على حد سواء.

غير أنه حين يستحيل تطبيقهما معاً لتعارض أحكامهما فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون القانون إعمالاً لقاعدة تدرج التشريع وما يحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى" [٢].

وبهذا الحجاج لم تستخدم محكمة النقض حق الإحالة عند تعارض القانون مع الدستور فجعلت لنفسها حق الإمتناع وهو الأمر المستساغ والمقبول في ظل لا مركزية الرقابة على دستورية القوانين أما في ظل مركزية الرقابة على دستورية القوانين فإن المتعين على أي محكمة هو الإحالة إلى المحكمة المختصة وفقاً للدستور.

ما لم فسنكون أمام وضع غريب يجمع فيه بين نظام المركزية واللامركزية في أمر واحد[٣] وأن المتعين على محكمة النقض هو الإحالة في هذه الحالة والذي أكدته المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها [١].

([1]) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١٥٢.

([2]) حكم محكمة النقض بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٨ في القضية رقم ٣٠٣٤٢ لسنة ٧٠ق.

([3]) أ.د. يحيى الجمل، الرقابة الدستورية بين محكمتي النقض والدستورية العليا، مقالة بمجلة الدستورية، العدد٦، السنة ٢، أكتوبر ٢٠٠٤م، ص١٥.ويراجع : أ.د.فتحي فكري ، مركزية الرقابة الدستورية وإمكانية امتناع المحاكم عن تطبيق النصوص المخالفة للدستور، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد، ٧٥،٢٠٠٥م ص٣.

مع العلم أن محكمة النقض كما سبق الإشارة لم تعتبر الدفع بعدم الدستورية من الدفوع المتعلقة بالنظام العام والتي يجوز إبدائها في أي مرحلة تكون عليه الدعوى ، الأمر الذي يقلل من فرص الرقابة على دستورية القوانين ويمنع المحكمة الدستورية من ممارسة مهامها بعدم اتصالها بالنزاع على مسألة الدستورية إذا ما أثيرت أمام محكم النقض ، وهو أمر لا يمكن قبوله في ظل وجود محكمة دستورية متخصصة أناط بها الدستور دون غيرها الفصل في دستورية القوانين وحدد على سبيل الحصر طرق الاتصال بها.

(١) يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢ لسنة ٥ق.د. الحكم بجلسة ١٦ يونيو ١٩٨٤م.

المبحث الرابع

التصـــــــــــدي

التصدي هو أول وأقدم طرق إثارة مسألة الدستورية بالنسبة للقوانين أمام القضاء، فما قام به القاضي (مارشال) في حكمه الشهير هو التصدي لمناقشة دستورية النص المعروض عليه دون إثارة من قبل أطراف الدعوى ، وإن كان التصدي قد غاب في كثير من التشريعات التي نظمت الرقابة على دستورية القوانين إلا أنه استحدث بنص في قانون المحكمة الدستورية العليا (ولم تكن هذه الرخصة مقررة للمحكمة العليا- في مصر)(١) كما أقر بنص قانوني في فرنسا عند تنظيم المجلس الدستوري الذي يمارس رقابة سابقة على دستورية القوانين.

ونأتي هنا لبيان مفهوم التصدي وأساسه القانوني، والضوابط القضائية لإعمال رخصة التصدي وتطبيقاته ،وموقف المشرع اليمني في التصدي والمحكمة العليا وذلك في المطالب المتتالية:-

المطلب الأول

مفهوم التصدي وأساسه القانوني

التصدي يعني في القضاء أن يقوم القاضي من تلقاء نفسه بإثارة مسألة من المسائل أو دفع من الدفوع المتصلة بالجانب الإجرائي في الدعوى أو بجانبها الموضوعي وذلك دون حاجة إلى إثارة أحد أطراف الدعوى لهذه المسألة أو الدفع ثم يحكم القاضي بشأن هذه المسألة أو الدفع ويطبق الدستور أو القانون عليها..

ويعتبر تصدي القاضي لإثارة إحدى المسائل أو أحد الدفوع من تلقاء نفسه استثناء على مبدأ أساسي من المبادئ التي تحكم عمل القاضي في جميع صور القضاء، العادي والإداري والدستوري (٢).

هذا المبدأ يعني أن يتحدد نطاق الدعوى بناء على طلبات أطراف هذه الدعوى، وأن على القاضي أن لا يتجاوز في حكمه طلبات الخصوم.

---

(١) د. عبدالعزيز محمد سالمان، مرجع سابق، ص٣٢٥.

(٢) أ.د.يسري العصار ، مرجع سابق ، ص٥٠.

وبما أن التصدي استثناء من المبدأ الذي يحظر على القاضي تجاوز ما طرحه الخصوم من طلبات ودفوع يتحدد بها نطاق الدعوى انطلاقاً من اتساع فكرة النظام العام فإنه- أي التصدي- يتسع مجاله في القضاء الإداري عنه في القضاء العادي، ويزداد مجال التصدي إتساعاً في القضاء الدستوري بالمقارنة بأنواع القضاء الأخرى [١] نظراً لإتساع فكرة النظام العام في القضاء الدستوري ، ولهذه الأسباب إذا كانت فكرة المصلحة قد قيدت وضيقت على القضاء الدستوري من الرقابة فإن فكرة التصدي قد وسعت من جانب أخر على القضاء الدستوري لتخفف بذلك ما ضيق القضاء الدستوري على نفسه من خلال اشتراطه المصلحة المباشرة في الدعوى الدستورية. وما ضيق القانون عليه من خلال منع الدعوى المباشرة.

أما الأساس القانوني الذي تقوم عليه فكرة التصدي فيعتمد على الدفوع المتعلقة بالنظام العام ، باعتبار أن كلاً من المشرع والقضاء قد قررا اعتبار بعض الدفوع متعلقة بالنظام العام ويترتب على ذلك (أن القاضي يملك إثارة هذه الدفوع من تلقاء نفسه دون حاجة لتمسك أحد الخصوم بها)[٢] وبما أن فكرة النظام العام تتسع في مجال الرقابة على دستورية القوانين فإن سلطة القاضي الدستوري تتسع تبعاً لذلك في إثارة الدفوع المتعلقة بالنظام دون حاجة لتمسك أطراف الدعوى بها.

كما تجد فكرة التصدي- في ظل مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين- مبرراً لها من خلال إعطاء حق قاضي الموضوع إحالة أي نص إلى القضاء الدستوري المختص للفصل في مدى دستورية ذلك النص- طالما وقد منع القانون على القضاء العادي الفصل في دستورية القوانين- وبالتالي لا يمكن حرمان القضاء المختص- الدستوري- من إثارة الدستورية أثناء وبمناسبة قيامه باختصاصاته إذا ما وجد نصاً قانونياً مشكوكاً في دستوريته، فإن منع من ذلك فقد أعطينا للقضاء العادي حق الإحالة والطعن بعدم دستورية نص وحرمنا القضاء المختص من ذلك (ومن غير المقبول أن يخول المشرع لجميع المحاكم حق الإحالة بينما يحرم المحكمة الدستورية العليا صاحبة الولاية العامة من استعمال

---

(1) أ.د. يسري العصار، التصدي في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص٥.

(2) المرجع السابق، ص١٣.

رخصة التصدي)[1] وبذلك يكون الحق في التصدي مكملاً للدفع الفرعي وللإحالة باعتبارها جميعاً صوراً للتعاون في تأكيد الشرعية الدستورية بل (وموسعاً نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين)[2].

المطلب الثاني

صور التصدي والضوابط القضائية لإعمال رخصة التصدي

سبق الإشارة إلى أن فكرة النظام العام تتسع اتساعاً كبيراً في القضاء الدستوري بالمقارنة بجميع فروع القضاء الأخرى ، ويرجع ذلك إلى أن القاضي الدستوري يراقب مدى اتفاق القوانين واللوائح مع الدستور باعتباره قانون القوانين الذي يتمتع بالسمو على سائر التشريعات ، ويتضمن القواعد التي تنظم السلطات العامة ويبين الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد [3].

والقاضي الدستوري وهو بصدد بحثه في مدى إتفاق أو مخالفة النصوص المطعون فيها بعدم الدستورية لا يتوقف بحثه عند النصوص الدستورية التي طعن فيها سواء من قبل المدعي أو محكمة الموضوع بل عليه أن يستوثق من إتفاق أو تعارض النصوص المطعون فيها مع الدستور منظوراً إليه في مجموع أحكامه، وبهذا يجيل نظره في جميع نصوص الدستور باعتباره وحدة واحدة.

كما أن القاضي الدستوري لا يقف عند النص الطعين وحسب ، بل تمتد رقابته إلى النصوص المرتبطة بالنص الطعين سواء في ذات القانون أو اللائحة أو القوانين الأخرى، ومن خلال هذا نحاول أن نميز بين صور عدة للتصدي في مفهومها العام والتصدي في مفهومه الخاص في القضاء الدستوري على النحو التالي ، من خلال استعراض صور التصدي من جهة والضوابط التي التزم بها القضاء الدستوري من جهة أخرى.

---

(1) د. عادل عمر الشريف، مرجع سابق، ص٤١٢. أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٤٤٩. د.هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص٢٣٧.

(2) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١٦١.

(3) د. يسري العصار، التصدي....، مرجع سابق، ص٢٣.

أولاً: صور التصدي في القضاء الدستوري:

١- التصدي للفصل في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص وبالشروط الشكلية اللازمة لقبول الدعوى الدستورية:

أول ما يثيره القضاء الدستوري من دفوع- دون إبدائها من قبل أطراف النزاع- هي الدفوع المتعلقة بطريق رفع الدعوى الذي حدده القانون- وفي مصر تحديداً- بطريق الدفع الفرعي والإحالة من محكمة الموضوع، فيتحرى القضاء الدستوري من تلقاء نفسه من ضرورة توافر بيانات النص الطعين وأوجه مخالفته للدستور، وكذا المواعيد التي حددها القانون لرفع الطعن عن طريق الدفع وكذا من ضرورة توافر الصفة والمصلحة الشخصية والمباشرة للطاعن، والدفع المتعلق بعدم سبق المحكمة الدستورية للفصل في ذات الدعوى الدستورية (وتستند سلطة القاضي الدستوري في إثارة هذه الصورة من الدفوع من تلقاء نفسه إلى نصوص القانون المنظم للمحكمة الدستورية ونصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد بشأنه نص في قانون المحكمة)[١] وقد تواترت أحكام المحكمة العليا والدستورية بضرورة الفصل في هذه الدفوع والتصدي لبحثها دون إثارة من أطراف النزاع [٢].

٢- التصدي بإثارة عيوب ومطاعن ومخالفات في النص التشريعي أو اللائحي المطعون فيها- لا يكون المدعي قد ذكرها:

يملك القضاء الدستوري إثارة مطاعن ومخالفات أخرى لم يشر إليها الطاعن في صحيفة دعواه أو لم تذكرها محكمة الموضوع في إحالتها للنص، فإذا كان الطاعن قد أثار على سبيل المثال المطاعن حول النص القانوني ونعى بمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية فقد يتبين للمحكمة الدستورية عدم مخالفته للشريعة الإسلامية ولكن مخالفته لمبدأ المساواة المنصوص عليه في صلب الوثيقة الدستورية فتحكم بعدم دستوريته لما تبين لها تلك المخالفة التي لم يشر إليها الطاعن أو قرار الإحالة.

---

(١) د. يسري العصار، التصدي....، مرجع سابق، ص٢٧.

(٢) جاء في حكم المحكمة الدستورية العليا أن "البحث في الإختصاص سابق بطبيعته على البحث في شكل الدعوى أو موضوعها وتواجهه المحكمة من تلقاء ذاتها"، حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٩٤/١٢/٣م في القضية رقم ١٢ لسنة ١٥ق.د.

ويستند القاضي في ذلك إلى الطبيعة العينية للدعوى الدستورية التي تخاصم التشريع ذاته ولا تخاصم أشخاصاً (١).

وقد استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا على عدم الاقتصار على فحص دستورية النص التشريعي المطعون فيه في ضوء النصوص الدستورية التي ذكر المدعي أن النص المطعون فيه يخالفها، ولكن المحكمة الدستورية العليا تستوثق من إتفاق أو تعارض النص المطعون فيه مع الدستور منظوراً إليه في مجموع أحكامه على ضوء الوحدة العضوية للنصوص الدستورية، وقد صرحت بهذا المبدأ والمسلك المحكمة الدستورية في العديد من أحكامها (٢).

٣- إمتداد رقابة الدستورية إلى النصوص المرتبطة بالنص المطعون فيه إرتباطاً لا يقبل الإنفصال:

الصورة الثالثة من صور الدفوع المتعلقة بالنظام العام في القضاء الدستوري تتمثل في قيام القاضي من تلقاء نفسه ببسط رقابته ليس فقط على دستورية النص التشريعي المطعون فيه بل تمتد سلطته إلى أي نص آخر من نصوص القانون أو اللائحة إذا قدر وجود ارتباط لا يقبل الإنفصال بين النص الأصلي المطعون فيه والنص الأخر، وقد لا تحكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص الأخر وإنما بسقوطه تبعاً للحكم بعدم دستورية النص الأصلي (٣).

وفي الوقت الذي يرى فيه جانب من الفقه (٤) أن هذه الصورة من صور التصدي يرى جانب أخر أن الحكم بالسقوط يختلف عن حق المحكمة في التصدي لدستورية نص معين.

فالنص الأصلي المقضي بعدم دستوريته هو نص فحصته المحكمة الدستورية العليا بعد اتخاذ إجراءات التحضير بشأنه وانتهت إلى عدم دستوريته ، لكونه معيباً في ذاته ، في حين أن النص الأخر المرتبط به تقرر المحكمة إسقاطه

---

(١) د. يسري العصار، المرجع السابق، ص٣٦.

(٢) يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ ق.د، الحكم بجلسة ١٤/١/١٩٩٥م.

(٣) د. يسري العصار، التصدي.....، بتصرف، مرجع سابق، ص٣٧.

(٤) المرجع السابق، ص٣٨.

تلقائياً دون فحص لـه ولا يعتبر معيباً في ذاته وإنما لإرتباطه بالنص غير الدستوري [1] وقد يكون هذا النص في ذات القانون الذي ينتمي إليه النص غير الدستوري كما قد يكون في تشريعات أخرى.

وإذا كان الخلاف بين الاتجاهين الفقهين حول التصدي في هذه الحالة أو السقوط- شكلياً فإن الإشكال الحقيقي يتمثل في مسلك المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بمواجهتها للنصوص المرتبطة ارتباطاً لا يقبل الإنفصال.

فالملاحظ أن السياسية التي تطبقها المحكمة الدستورية العليا في هذا ليست واحدة، فأحياناً تحكم بسقوط النصوص التي لا تقبل الإنفصال مع النص الأصلي الذي حكمت بعدم دستوريته وأحياناً أخرى تقضي بعدم دستوريتها أو ببطلانها(*).

---

(1) في هذا الاتجاه: أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٤٦٣.

- د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين......، مرجع سابق، ص٢٤٨.

(*) من الأحكام التي حكمت فيها المحكمة الدستورية العليا بالسقوط للنصوص المرتبطة بالنص المقضي بعدم دستوريته:

١- الحكم الصادر بتاريخ ٤ نوفمبر ٢٠٠٠ في الدعوى رقم (٤٢) لسنة ١٨ ق.د. مجموعة أحكام الدستورية العليا، ج٩، ص٧٧٤. وقد جاء فيه أن "نطاق الدعوى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- وإن تحدد أصلاً بالنصوص القانونية التي تعلق بها الدفع بعدم الدستورية المثار أمام محكمة الموضوع، إلا أن هذا النطاق يتسع كذلك لتلك النصوص التي أضير المدعي من جراء تطبيقها- ولو لم يتضمنها هذا الدفع- إذا كان فصلها عن النصوص التي اشتمل عليها متعذراً، وكان ضمها إليها كافلاً الأغراض التي توخاها المدعي بدعواه الدستورية، فلا تحمل إلا على مقاصدة ولا تتحقق مصلحته الشخصية بعيداً عنها".=

=٢-وكذا الحكم الصادر بتاريخ ١٩٩٩/١/٢م في القضية رقم ٤٣ لسنة ١٧ق.د.، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٩، ص١٦٠. وقد حكمت فيه "بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من القانون رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٩٤م بفرض ضريبة على أجور ومرتبات العاملين المصريين في الخارج وبسقوط باقي نصوصه الأخرى".

٣- الحكم الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٧/٣م بعدم دستورية المادة ٥٧ من قانون الجمارك الصادر بالقرار رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣م بشأن التحكيم الإجباري في منازعات الجمارك وبسقوط قرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥م بشأن اسلوب تطبيق

ما يدفع جميع الإتجاهات الفقهية في هذه الحالة إلى نقد إتجاه المحكمة الدستورية باعتبار أن على المحكمة الدستورية أن تحكم في هذه الحالات بسقوط هذه النصوص وليس بعدم دستوريتها [1] ، وهو ما نرجحه إستناداً إلى اختلاف فكرة السقوط عن عدم الدستورية ، وكذا إلى ما آلت إليه أحكام المحكمة الدستورية العليا مؤخراً حيث تواترت على تقرير السقوط ، أما الأحكام التي حكمت فيها بالبطلان وعدم الدستورية فالملاحظ أنها كانت في سابق عهدها ، وأن المرجح أنها قد عدلت عن منهجها السابق بتواتر أحكامها بالسقوط مؤخراً ، مع العلم أن

نظام التحكيم في المنازعات بين أصحاب البضائع ومصلحة الجمارك وذلك في القضية رقم (١٠٤) لسنة ٢٠ ق.د. الجريدة الرسمية، العدد ٢٨، ١٩٩٩/٧/١٥م.

أما الأحكام التي حكمت فيها بعدم دستورية النصوص المرتبطة وببطلانها ولم تقرر سقوطها فمنها:-

١- الحكم الصادر بتاريخ ١٩٩٢/١/٤م في القضية رقم ٢٧ لسنة ٨ق الجريدة الرسمية، العدد٤، بتاريخ ١٩٩٢/١/٢٣ وحكمت فيه بعدم دستورية المادة الثالثة من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧٠م بشأن حظر الجمع بين المرتب والمعاش بالنسبة لبعض طوائف العاملين وذلك فيما قرره المشرع من سريان هذا الحظر بأثر رجعي يرتد إلى بدء تطبيق القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٦٢م وقد قررت المحكمة في أسباب هذا الحكم أن الحكم بعدم دستورية الأثر الرجعي لهذا النص يستلزم الحكم ببطلان المادة (٣) من القانون المطعون عليه والتي كانت تقضي بالتجاوز عن استرداد ماسبق صرفه من معاشات بالمخالفة للحظر الذي نص القانون على سريانه بأثر رجعي.

٢- ومن أهم الأحكام التي حكمت بعدم دستورية النص الطعين والنصوص المرتبطة به حكم المحكمة الدستورية بتاريخ ١٩٨٣/٦/١١م، في القضية الدستورية رقم ٤٧ لسنة ٣ق. الجريدة الرسمية، العدد رقم٢٥ بتاريخ ١٩٩٣/٦/٢٣م وقد حكمت فيه بعدم دستورية جميع نصوص القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١م بشأن نقابة المحامين، وجاء في أسباب هذا الحكم أن المادة الأولى من هذا القانون قد خالفت الدستور حينما قررت انتهاء مدة عضوية نقيب المحامين وأعضاء مجلس نقابة المحامين قبل نهاية المدة التي انتخبوا من أجلها نظراً لعدوان هذا النص على الحرية النقابية كما قررت المحكمة أن عدم الدستورية يلحق باقي نصوص هذا القانون لارتباطها بالمادة الأولى ارتباطاً لايقبل التجزئية- وفي سياق هذا الحكم أحكام أخرى قضت بعدم الدستورية والبطلان ولم تقرر السقوط.

(1) يراجع د. يسري العصار، التصدي في القضاء الدستوري.....، مرجع سابق، ص٦٦.

الأثر المترتب على سقوط النصوص المرتبطة ارتباطاً لا يقبل الإنفصال عن النص المحكوم بعدم دستوريته والأثر المترتب بالحكم بعدم دستورية النص هي ذاتها من حيث إعدام النص وعدم العمل به ، ومن حيث حجية الحكم بعدم الدستورية والسقوط معاً.

٤- التصدي لفحص دستورية نص مرتبط بالنص المطعون بعدم دستوريته ارتباطاً يقبل الانفصال:

إذا كانت صور التصدي السابق ذكرها لاخلاف عليها سواء نص القانون عليها أم لم ينص إذ هي من طبيعة عمل القضاء الدستوري فإن الصورة التي نحن بصددها من صور التصدي هي التي يمكن أن يطلق عليها مصطلح التصدي بالمفهوم الخاص والذي نص عليه قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا وأجاز فيه للمحكمة الدستورية العليا و(في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة إختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية)[1].

وبمقتضى هذا النص تستند المحكمة الدستورية في ممارستها لأوسع صور التصدي حيث يجوز لها بمقتضاه القضاء بعدم دستورية أي نص تشريعي أو لائحي لا يكون متصلاً بأية صورة بالنزاع القائم أمامها.

وإن كانت المحكمة الدستورية لم تسرف في استخدام رخصتها في التصدي بناء على هذا النص- فهي لم تستند على هذه المادة سوى مرتين منذ إنشائها إلى يومنا هذا [2]- إلا أن المحكمة وفقاً لهذا النص تملك سلطة واسعة في التصدي لأي نص ، ومع ذلك فقد اعتنقت تفسيراً موسعاً لرخصتها في التصدي في المرة الأولى [3] وما لبثت في المرة الثانية [1] أن ضيقت من نطاق رخصة

([1]) المادة ٢٧ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م بشأن إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا.

([2]) د. يسري العصار التصدي......، مرجع سابق، ص٣٩.

([3]) كان أهم حكم أعملت فيه المحكمة رخصة التصدي ووسعت فيه من مفهومها لحالات التصدي هو الحكم الشهير الذي حكمت بموجبه بعدم دستورية نص كل من الفقرة الأولى من المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة

التصدي التي منحها المشرع القانوني واستخلص الفقه من الحكمين ضوابط التصدي التي التزمت بها المحكمة الدستورية العليا ، والتي نأتي لبيانها:

ثانياً: الضوابط القضائية لإعمال رخصة التصدي بالمفهوم الخاص:

بعد أن خول المشرع المصري للمحكمة الدستورية حق التصدي من تلقاء نفسها لفحص دستورية نص قانوني أو لائحي تتوافر بينه وبين النزاع المطروح عليها صلة قضت المحكمة بأن ممارستها التصدي وفقاً لنص المادة ٢٧ من القانون المنظم لها شروطه بوجود نزاع مطروح عليها وبوجود صلة بين النص الذي تتصدى لفحص دستوريته والنزاع القائم وقررت أنها لا تمارس هذه

١٩٧٢م والمعدل بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣م والفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م والمعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٣م فيما تضمناه من عدم إجازة الطعن في قرارات نقل وندب رجال القضاء والنيابة العامة ومجلس الدولة أمام الدوائر المختصة بالفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم" مع العلم أن الطعن كان موجهاً ضد الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ والفقرة الثانية من المادة ١١٩ من قانون مجلس الدولة وحسب ، الحكم صادر بتاريخ ١٩٨٢/٥/١٦م، القضية رقم ١٠ للسنة القضائية الأولى الجريدة الرسمية، العدد ٢١ في ١٩٨٢/٥/٢٧م. منشور نصاً كاملاً في: د. يسري العصار، التصدي.........، مرجع سابق، ص٨٦ ومشار إليه في جميع المراجع.

(١) الحكم الثاني والذي ضيقت فيه من فكرة التصدي وفقاً للمادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، هو الحكم الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١/١٤م في الدعوى القضائية رقم ٢ للسنة القضائية ١٥، الجريدة الرسمية العدد٣، بتاريخ ١٩٩٧/١/١٦م أكدت المحكمة الدستورية العليا فيه (أن مباشرة هذه المحكمة لرخصتها المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها، شرطها، أولاً: استيفاء الخصومة الأصلية لشرائط قبولها، وثانياً: اتصال النصوص القانونية عرضاً بها، وثالثاً: تأثير الفصل في دستوريتها في محصلتها النهائية".

الرخصة في حالة قيامها بإصدار قرارات التفسير أو في حالة الحكم بعدم القبول للدعوى المرفوعة [1]، ولذا استخلص الفقه مجموعة من الضوابط أهمها:-

١- عدم الفصل مباشرة في المسألة الدستورية [٢].

فتصدي المحكمة العليا للمسألة الدستورية لا يعني أن تفصل فيها مباشرة، بل يجب عليها أن تتخذ الإجراءات المعتادة لتحضير الدعوى الدستورية وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٧ من قانونها ، وهذا الإجراء هو الفارق الجوهري بين حالة إسقاط المحكمة الدستورية للنصوص المرتبطة بالنص المحكوم بعدم دستوريته ارتباطاً لا يقبل الإنفصال وبين حالة التصدي بالمفهوم الخاص الذي نظم أحكامه القانون بالمادة سالفة الذكر.

ومقتضى حكم المادة السالفة أن تحيل المحكمة الدستورية النص الذي تراءى لها عدم دستوريته إلى هيئة المفوضين لتحضير الدعوى بشأنه وإعداد تقرير ثم تعرض الأوراق على رئيس المحكمة لتحديد جلسة ليتم الفصل في الدعوى الدستورية طبقاً للإجراءات المقررة للدعاوى التي تتصل بها عن طريق الدفع أو الإحالة.

ولذا يذهب جانب من الفقه [٣] إلى نقد أسلوب التصدي لما فيه من التعطيل للقضاء بدون مبرر متسائلاً : ما ذنب المدعي بالدعوى الدستورية في تعطيل دعواه الدستورية حتى تتصدى المحكمة لنص لاعلاقة له به سوى أنه متشابه مع النص المنطبق على النزاع الموضوعي خاصة أن إجراءات التحضير تأخذ وقتاً غير قصير.

٢- التصدي لا يتقيد بميعاد معين :

الأصل أن القانون حدد المدة التي يتعين فيها رفع الدعوى الدستورية عن طريق الدفع من الأفراد أمام محكمة الموضوع ، إلا أن طريق الإحالة من قاضي الموضوع وكذا التصدي من قبل المحكمة الدستورية العليا لا تتقيد بميعاد ، إذ

---

(1) د. يسري العصار، التصدي....، مرجع سابق، ص٨٢.

(2) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٤٦١.

(3) د. هشام حمد فوزي، مرجع سابق، ص٢٤٠.

يمكن لها أن تتصدى في أي وقت وفي أية مرحلة من مراحل الدعوى أمامها لدستورية نص في قانون أو لائحة قد يبدو لها عدم دستوريته [١].

٣- التصدي لا يعني القطع بعدم دستورية النص[٢]:

عندما تقرر المحكمة الدستورية العليا التصدي لفحص دستورية نص في قانون أو لائحة فلا يعني ذلك الحكم بعدم دستوريته ، فعملية فحص النص قد يؤدي إلى الحكم بدستوريته أو عدمها باعتبار أن استعمال المحكمة لرخصة التصدي لا تعدو كونها تصوراً مبدئياً من جانبها.

وقد يتبين لها خلاف ذلك بعد الفحص والتحضير، وقد أكدت المحكمة الدستورية هذا المبدأ في أحكامها [٣].

٤- التصدي يكون أثناء ممارسة المحكمة لإختصاصاتها:

الأصل أن النص الذي أجاز للمحكمة الدستورية العليا بالتصدي لأي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ورد على سبيل الجمع لإختصاصاتها المنصوص عليها في القانون والمشار إليها سابقا [٤] ولم يستثن القانون أي اختصاص ومع ذلك ذهبت المحكمة الدستورية إلى أن "التفسير التشريعي للنصوص القانونية لا يجوز أن ينزلق إلى الفصل في دستوريتها"[٥].

---

(1) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٤٦٢. د.عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص٣٢٥. د.عادل الشريف، مرجع سابق، ص٤١٠.

(2) أ.د. رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص٤٦٢.

(3) يؤكد هذا المعنى ماورد في الحكم الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١/٤م في القضية رقم ٢ لسنة ١٥ق، فبعد أن قررت التصدي للفقرتين الثالثة والرابعة من المادة الخامسة والمادة السادسة مكرراً فقط ولم تقض بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة الخامسة رغم تصديها لها.

(4) سبق الإشارة إلى اختصاصات المحكمة الدستورية العليا وهي ثلاثة اختصاصات الأول الفصل في دستورية القوانين واللوائح عن طريق الدفع أو الإحالة، والثاني التفسير ، والثالث الفصل في طلبات وقف تنفيذ الأحكام يراجع ما سبق ص٨٤.

(5) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ ق. تفسير مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج٧، ص٨٢٦.

وهو ما انتقده غالبية الفقه باعتبار أن القانون صريح في إجازة استخدام رخصة التصدي في جميع الاختصاصات المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا [1]، وهو ما نرجحه على على اعتبار أنه لا ينبغي للمحكمة الدستورية العليا أثناء قيامها بتفسير نص تشريعي ترى مخالفته الصريحة لنصوص الدستور وتغض الطرف عن هذه المخالفة وتكتفي بتفسيره وقد أجاز لها القانون التصدي لهذا النص بمناسبة ممارستها لاختصاصها بالتفسير، وكيف يكون ذلك مقبولاً أن تشرح وتوضح مقاصد المشرع غير المشروعة من وجهة نظرها فيما لو تبين لها عدم دستوريته ، ونأمل أن تغير المحكمة الدستورية إتجاهها هذا باعتبار أن ما قيل من مبررات عدم وجود نزاع وخصومه قضائية- بالمعنى الفني الدقيق المتفق عليه اصطلاحاً للمنازعة لا يعفي المحكمة من واجب تصديها للمخالفة الدستورية ،خاصة وأن هذا المبرر هو الأخر مردود عليه بأن طلب التفسير في ذاته لا يقوم إلا بسبب نزاع على تطبيق النص المراد تفسيره وبالتالي فالخصومة قائمة وتستوجب بيان موقف النص من موافقته للدستور أو عدم ذلك اولاً قبل الدخول في تفسير مقاصد المشرع فيه.

كانت هذه أهم الضوابط التي التزمت بها المحكمة الدستورية العليا بشأن استخدامها لرخصة التصدي بالمفهوم الخاص.

---

(1) في هذا الاتجاه الفقهي:-

- أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١٦١.
- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٤٥١.
- أ.د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٨٣م، ص٦٠٠.
- د. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٩٤م، ص١٨٢.
- د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص٩٧.
- د. عبدالعزيز سالمان، مرجع سابق، ص٣٢٣. د. هشام محمد فوزي، مرجع سابق، ص٢٣٨.
- أ.د.انس قاسم جعفر، مرجع سابق ، ص ١١٨.

المطلب الثالث

موقف المشرع اليمني والقضاء من رخصة التصدي

سبق الإشارة إلى أن النص الدستوري الذي أكد على مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين وجعلها بيد الدائرة الدستورية في المحكمة العليا قد ذكر طرق رفع (الدعاوى) و(الدفوع)[1] المتعلقة بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات، وجاء قانون السلطة القضائية مؤكداً تقرير الدعوى المبتدأة أو الدفع كطرق لإثارة المسألة الدستورية بيد القضاء المختص بالفصل في دستورية القوانين ، ولم يشر بالتالي إلى طريقة الإحالة من قاضي الموضوع ولا التصدي من قبل القاضي الدستوري.

كما سبق الإشارة إلى أن عدم وجود نص بالإحالة من قاضي الموضوع لا يعني عدم اتاحة الفرصة أمام قاضي الموضوع من إحالة النص المشكوك في دستوريته استناداً إلى أن الدستور والقانون المنظم لحق الرقابة القضائية على دستورية القوانين لم يذكرا طرق الطعن على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال ، وقد أكدنا على حق قاضي الموضوع في إثارة الدعوى الدستورية عن طريق إحالته لها إلى الدائرة المختصة بالمحكمة العليا.

فهل يمتنع على القاضي الدستوري- في ظل عدم وجود نص برخصة التصدي- من إثارة المسألة الدستورية خارج نطاق النص المطعون فيه والنصوص الدستورية المدعى بمخالفتها؟

في محاولة الإجابة على هذا التساؤل نميز بين حالات التصدي بالمفهوم العام والتي سبق بيانها والإشارة إليها وحالة التصدي بالمفهوم الخاص سالفة الذكر والبيان ، فوفقاً لما سبق بيانه نجد أن إثارة القاضي الدستوري للدفوع المتعلقة بالنظام العام مسألة أولية يجب عليه بحثها وعدم تجاوزها.

فهو يملك وفقاً لطبيعة عمله إثارة الدفوع المتعلقة بعدم سماع الدعوى وعندما يتبين له قبول الدعوى عليه - ومن حقه- أن يبحث أولاً الدفع المتعلق بالإختصاص فيبحث وفقاً لهذا الدفع شرعية إصدار القانون أو اللائحة من جهة اختصها الدستور- وهو ما يعرف بالبحث في شكل وإصدار القانون- فإذا كان

---

(1) المادة ١٥٣ من دستور الجمهورية اليمنية ٢٠٠١.

الدستور قد أوكل إلى جهة معينة دون غيرها إصدار القانون فلا يمكن للقاضي الدستوري أن يتجاوز بحث هذه المسألة ويغض الطرف عنها ، بل عليه أن يثيرها من تلقاء نفسه ودون إثارة أطراف الخصومة الدستورية فإذا ما وجد قواعد قانونية تجرم أعمالاً وتعاقب عليها صادرة من السلطة التنفيذية باللائحة فلا يمكن قبول تلك اللائحة برمتها لأن العقوبات وبنص الدستور لا تصدر إلا بقانون من السلطة التشريعية.

وإذا الزم الدستور عرض بعض القوانين على مجلس الشورى بعد إقرارها من مجلس النواب فعليه أن يتأكد من إستكمال إصدار القانون بالطريقة التي حددها الدستور ما لم فعليه وجوبا أن يصدر قراره بعدم دستورية القانون إذا ما خالف الدستور من حيث جهة إصداره والإجراءات التي حددها.

كما يملك القاضي الدستوري- وبدون نص في القانون- أن يثير مسألة توافق النص الطعين أو مخالفته لجميع نصوص الدستور ويعرضها عليه وليس على النص الدستوري المدعى مخالفته وحسب.

ذلك لأن الطاعن قد لا يثير المطاعن القانونية كاملة وقد يعتقد مخالفة النص القانوني أو اللائحة أو القرار لنص دستوري معين وفي حقيقة الأمر يكون مخالفاً لمبدأ دستوري آخر غائب عنه.

فأمر بدهي أن لا يقتصر عرض النص المطعون فيه على النص المدعى بمخالفته وإنما يجب أن يستظهر القضاء الدستوري جميع النصوص الدستورية حال بحثه في الطعن ليصدر قراراً إما بدستورية ذلك النص المطعون فيه أو بعدم دستوريته باعتبار موافقته لكل نصوص الدستور أو مخالفته لأي نص فيه.

كما يملك القاضي الدستوري أن يتصدى لأي نص مرتبط بالنص المطعون فيه إرتباطاً لا يقبل الإنفصال – وذلك دون نص في القانون- لأن إبطال أو إسقاط النصوص القانونية أو القرارات المرتبطة بالنص المحكوم بعدم دستوريته يعتبر أثر من أثار الحكم بعدم دستورية النص الأصلي ، والقول بخلاف ذلك يجعل من القضاء الدستوري عاجزاً عن مواجهة أي إنحراف من قبل المشرع ويجعل تلك التشريعات قائمة ظاهرياً وفي واقع الأمر ليس لها أثر طالما نص قرار المحكمة على عدم دستورية النص الذي تعتمد وتستند إليه في شرعية وجودها واستمرارها.

مما سبق يجعلنا نرجح إمكانية قيام القضاء الدستوري في اليمن بالتصدي في جميع الصور الثلاث المتعلقة بالتصدي بالمفهوم العام باعتبارها جزء من وظيفة القاضي الدستوري ، ويبقى الإشكال قائماً فيما يتعلق بالتصدي بالمفهوم الخاص والذي نظمته أحكام المادة ٢٧ من قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا بمصر.

فهذه هي الحالة الوحيدة من صور التصدي التي تحتاج في ممارستها- كرخصة قانونية- للقاضي الدستوري- إلى نص يجيزها ، باعتبارها استثناء موسعاً من قبل المشرع المصري منحها للقضاء الدستوري بعد أن ضيق على القضاء من خلال حصر طرق إتصال الدعوى الدستورية بالقضاء الدستوري وجعلها عن طريق الدفع- مع شرط الجدية- والإحالة من قبل قاضي الموضوع- مع شرط بيان أوجه المخالفة المدعى بها.

وهذه الحالة من صور التصدي هي المتعلقة بالتصدي لنص في أي قانون أو لائحة مرتبط بالنزاع ارتباطاً يقبل الإنفصال ، ومن أشهر امثلتها وجود نص مماثل في قانون آخر لنص حكم بعدم دستوريته.

وإذا ما قلنا بعدم إتاحة هذه الصورة من صور التصدي للقضاء الدستوري في اليمن فحسبنا أن المشرع اليمني قد أتاح فرصة مهاجمة أي نص في أي قانون عن طريق الدعوى المبتدأة ولم يشترط توافر المصلحة الشخصية المباشرة للطاعن.

فطالما يسر المشرع الدستوري والقانوني إقامة الدعوى المبتدأة- الأصلية- ضد أي قرار أو قانون أو لائحة من أي شخص فقد جعل القضاء الدستوري ميسراً وأكد على حماية الشرعية الدستورية بإقامة دعوى الحسبة- أو ما يعرف- بالدعوى الشعبية الأمر الذي يمتنع معه على القضاء التصدي لنصوص من خلال وجود أي علاقة غير مباشرة لا تربطها بالنص الأصلي المطعون فيه.

كما نعتقد بعجز الدائرة الدستورية لممارسة التصدي سواء في مفهومه الخاص أو العام نظراً لإحتياج التصدي إلى تحضير وإعداد بحوث فنية متخصصة من قبل باحثين مساعدين للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا- وهو ما تفتقر إليه الدائرة الدستورية.

خاصة وأن أعضاء الدائرة الدستورية من الأساس غير متفرغين للقضاء الدستوري وحسب وإنما هم منتدبون من دوائر أخرى عليها ضغوط القضايا الأخرى ، بمعنى أن أعضاء الدائرة الدستورية ليسوا متفرغين للقضاء الدستوري من ناحية ومن ناحية أخرى لا يوجد لديهم مساعدين فنيين متخصصين في البحث القانوني.

وهو ما تملكه المحكمة الدستورية العليا في مصر من خلال تفرغ أعضائها للقضاء الدستوري وامتلاكها للجهاز الفني المساعد والمتمثل بهيئة المفوضين- والذين يقومون بتحضير الدعوى الدستورية في تقارير غاية في الدقة من البحث العلمي الأمر الذي يمكنهم من كشف عوار القانون المطعون فيه ومراجعة نصوصه المرتبطة بالنص الطعين وعرضها على جميع نصوص الدستور.

لذلك كله نوصي بتفرغ أعضاء الدائرة الدستورية في التشكيل القضائي الخاص بالمحكمة العليا كخطوة لإستقلال القضاء الدستوري عن المحكمة العليا ودعم المحكمة الدستورية مستقبلا بجهاز فني متخصص من باحثين قانونيين في مختلف فروع القانون وفي القانون العام بوجه خاص وكذا من المؤهلين في مجال الشريعة الاسلامية من أجل قيام القضاء الدستوري في اليمن بالمهمة الموكلة إليه وفقاً لنصوص الدستور وتأكيداً لحماية الشرعية الدستورية كما أراد لها الدستور ذاته.

وبعد أن بينا طرق إتصال القضاء الدستوري المركزي بالدعوى الدستورية وبينا من له حق تقديم الدعوى الدستورية وإثارة المسألة الدستورية أمام القضاء المختص تبين لنا أن المشرع القانوني في مصر ذكر طرق إتصال القضاء الدستوري بالدعوى على سبيل الحصر وحصرها بيد (المحامي) و(القاضي) سواء قاضي الموضوع عن طريق الإحالة أو القاضي الدستوري عن طريق التصدي- أما الأفراد فاكتفى بمنحهم حق تقديم الدفع وعلى قاضي الموضوع أن يصدر قرار بجدية الدفع ، ولذا يمكن القول أن المشرع المصري قد حصر أدوات وطرق تحريك الدعوى بيد (القضاء) غالباً وما كان بيد الأفراد فقاضي الموضوع بيده زمام الأمر عن طريق تحري جدية الدفع المقدم من المحامي وفقاً لاشتراط القانون عدم قبول الدعوى إلا من محام مقبول لديها.

فالقضاء الواقف (المحامي) و(القاضي) الجالس على منصة الحكم بيدهما دون غيرهما حق تحريك الدعوى الدستورية وحق رفع الطعن أمام المحكمة

الدستورية العليا ونخلص إلى أنه ليس من حق رئيس الجمهورية ولا رئيس مجلس الشعب ولا رئيس مجلس الشورى ولا رئيس الوزراء أو الوزراء و لا اية شخصية معنوية حق تحريك الدعوى الدستورية وليس من حق أي فرد الطعن مباشرة بعدم الدستورية وكأن أولئك جميعاً ليس عليهم واجب الدفاع عن الشرعية الدستورية والدفاع عن أحكام الدستور والحرص على عدم مخالفتها من قبل السلطة التشريعية.

أما المشرع الدستوري والقانوني في اليمن فقد منح جميع الأفراد حق الطعن المباشر أمام المحكمة العليا ضد أي قانون أو لائحة أو قرار مخالف للدستور.

وإن كان ظاهر النص لا يمنح القاضي أي دور من خلال عدم ذكر طريقة الإحالة أو التصدي او حتى بحث مدى جدية الدفع المقدم من اطراف النزاع إلا أننا نذهب إلى إمكانية ذلك وإتاحة الفرصة لهم بتحريك الدعوى الدستورية أمام الدائرة المختصة انطلاقاً من إقرار المشرع الدستوري لحق جميع الأفراد بتقديم الدعوى المباشرة والمبتدأة ضد أي قانون أو لائحة أو قرار.

الأمر الذي يمكن القاضي من تحريك الدعوى الدستورية والتصدي من قبل القضاء الدستوري في الصور العامة دون التصدي بالمفهوم الخاص وذلك دون نص في القانون كما أسلفنا سابقاً.

وبهذا ننهي الحديث عن طرق الدعوى الدستورية ونأتي للحديث عن الفصل الثاني والمتعلق باصدار الحكم .

الفصل الثاني

الحكم في الدعوى الدستورية

نتناول في هذا الفصل الأخير إجراءات إصدار الحكم بعدم الدستورية ، وحجية الحكم في ذلك وكذا تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الدستورية وإشكالات التنفيذ وذلك في المباحث التالية:-

المبحث الأول: إجراءات إصدار الحكم في الدعوى الدستورية .

المبحث الثاني: حجية الحكم في الدعوى الدستورية .

المبحث الثالث: تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى الدستورية .

المبحث الأول

إجراءات إصدار الحكم في الدعوى الدستورية

تحدثنا في السابق عن طرق اتصال القضاء الدستوري بالدعوى الدستورية في الأنظمة القانونية المقارنة، ونأتي هنا لبيان إجراءات إصدار الحكم في الدعوى الدستورية سواء كان الحكم بعدم دستورية القانون أو اللائحة والقرار أو بدستوريتهم ورفض الدعوى.

فكل دعوى قضائية لابد وأن تنتهي بحكم وكذلك الدعاوى الدستورية تنتهي بأن تصدر - المحكمة الدستورية أوالدائرة المكلفة بالمحكمة العليا- التي نظرتها حكماً فيها وبصدور الحكم تنقضي الدعوى إلى نهايتها الطبيعية (١).

وسنتطرق في إجراءات إصدار الحكم في الدعوى إلى تحضير الدعوى والمداولة وتسبيب الأحكام ونشرها وذلك في المطالب الثلاثة المتتالية.

المطلب الأول

تحضير الدعوى والمداولة

تختلف إجراءات تحضير الدعوى تبعاً لإختلاف طرق رفع الدعوى واختلاف النظم فيما بينها فيما يتعلق بإقرار الدعوى الأصلية أمام المحكمة المختصة بالفصل في دستورية القوانين- وذلك كله في ظل مركزية الرقابة على دستورية القوانين- فالنظام الرقابي المركزي الذي يأخذ بمبدأ إنشاء محكمة مختصة للنظر في الدعاوى المتعلقة بعدم دستورية القوانين واللوائح ولا يقر طريقة الدعوى الأصلية والمباشرة- كمصر- سيختلف في إجراءاته بنظر الدعاوى- عن طريقي الدفع أو الإحالة- عن تلك النظم التي تأخذ بنظام مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين ولكنها لا تأخذ بفكرة التخصص وتوكل أمر البت في المسألة الدستورية للقضاء العادي- المحكمة العليا- مثل اليمن- وفي الوقت ذاته يأخذ بفكرة الدعوى الأصلية المباشرة ضد أي قرار أو قانون أو لائحة.

---

(١) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري....، مرجع سابق، ص٢١٣.

ويظهر الخلاف أكثر وضوحاً فيما لو نظم القانون ورسم إجراءات رفع الدعاوى أمام المحكمة المختصة بنصوص صريحة ومحددة لتلك الإجراءات- والتي لو خولفت لامتنع على المحكمة قبول الدعوى شكلاً ، وامتنع بالتالي النظر في موضوع الطعن بعدم الدستورية- في حين لا يتدخل المشرع- في نظام قانوني أخر- بوضع نصوص خاصة للنظر في إجراءات الدعاوى الدستورية ، وهذه حالة اليمن عند مقارنتها بإجراءات تحضير الدعوى المتعلقة بعدم الدستورية وكذا إجراءات إصدار الأحكام وما يسبقها من مداولة ، وهو ما نتعرض له باختصار في النظامين على التوالي:-

أولاً: إجراءات تحضير الدعوى والمداولة في ظل نظام المحكمة الدستورية العليا بمصر:

من المسلم به في ظل المحكمة الدستورية العليا والقوانين التي تحكم إجراءات رفع الدعاوى المتعلقة بعدم الدستورية أن المشرع المصري يتشدد في مسألة توافر المصلحة الشخصية والمباشرة لرافع الدعوى وذلك عن طريق الدفع المبدى أمام محكمة الموضوع وكذا عن طريق الإحالة من قاضي الموضوع، وبهذا يتبين أن الدعوى الدستورية تمر بثلاث مراحل [1] الأولى: مرحلة وجودها بقلم الكتاب حيث تبدأ أولى خطواتها بإيداع العريضة- بعد إبداء الدفع بعدم الدستورية- أو صدور قرار الإحالة- من قاضي الموضوع.

ويتم قيدها في يوم ورودها وإعلانها، ثم يعقب ذلك إيداع المذكرات ثم تبادل الردود حول هذه المذكرات، وبإنتهاء الفترة المقررة لتبادل الردود والمستندات بين الخصوم يحرر قلم الكتاب محضراً يثبت فيه تاريخ تقديمها واسم مقدمها وصفته، وبتحرير هذا المحضر تبدأ المرحلة الثانية وذلك بخروج الدعوى من حوزة قلم الكتاب لتصل إلى المفوضين، وهي المكلفة بتحضير الدعوى كما سيأتي بيانه ، أما المرحلة الثالثة فتدخل فيها الدعوى حوزة المحكمة وتبدأ بتحديد موعد للجلسة ونظر الدعوى والفصل فيها بحكم من أعضاء المحكمة.

---

(1) د.عبدالعزيز سالمان، رقابة دستورية القوانين......، مرجع سابق، ص٣٦٠.

وبالتالي فمصطلح تحضير الدعوى يتحدد وفقاً لهذه الإجراءات بالعمل الفني الذي تقوم به هيئة المفوضين وذلك تمييزاً لها عن التحضير الإجرائي أو الإداري الذي يتم في قلم الكتاب.

ويقصد بالتحضير الفني للدعوى ما تقوم به هيئة المفوضين من أعمال كلفها بها القانون[1] في سبيل إعداد تقرير عن الدعوى ولها أن تتصل بذوي الشأن للحصول على ما يلزم من البيانات أو الإيضاحات وتنتهي هذه المرحلة بتقديم هيئة المفوضين لتقريرها مشفوعاً برأيها القانوني في الموضوع والذي كثيراً ما تأخذ المحكمة به إلا أنها ليست ملزمة بذلك قانوناً وإن كانت بلا شك تستفيد من الجهد الذي يبذله المفوضون.

وهذه هي المهمة الأساسية للمفوضين والمتمثلة (في تحضير الدعوى وكتابة رأي قانوني مجرد فيها بكتابة وجهة نظر القانون في النزاع المطروح كما يراها مفوض الدولة لا كما يراها أطراف المنازعة)[2].

وقد نص القانون على أن (يعرض قلم الكتاب ملف الدعوى أو الطلب على هيئة المفوضين في اليوم التالي لإنقضاء المواعيد المبينة في المادة ٣٧ وتتولى الهيئة تحضير الموضوع ولها في سبيل ذلك الإتصال بالجهات ذات الشأن للحصول على ما يلزم من بيانات أو أوراق، كما أن لها دعوة ذوي الشأن لإستيضاحهم ما ترى من وقائع وتكليفهم بتقديم مستندات ومذكرات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق في الأجل الذي تحدده)[3].

وحتى لا يتلاعب الخصوم بالوقت من أجل تطويل فترة النزاع أمام محكمة الموضوع إن كان الغرض من الدفع بعدم الدستورية هو تطويل أمد النزاع فقط وإرهاق الخصوم وتعطيل العدالة ، فقد منح القانون للمفوض سلطة إصدار قرارات بتغريم من يتسبب في تكرار تأجيل الدعوى مبلغاً لا يجاوز عشرين جنيهاً

---

(1) نظم القانون الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، دور هيئة المفوضين من المواد ٣٩، ٤٠، ٤٢.

(2) أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري......، مرجع سابق، ص١٤٥.

(3) المادة ٣٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بمصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م.

ويكون قراره نهائياً في هذا الشأن كما يجوز له إقالته من هذه الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذراً مقبولاً [١].

ونص القانون أن على هيئة المفوضين أن (تودع بعد تحضير الموضوع تقريراً تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثارة ورأي الهيئة فيها مسبباً، ويجوز لذوي الشأن أن يطلعوا على هذا التقرير بقلم كتاب المحكمة ولهم أن يطلبوا صورة منه على نفقتهم)[٢].

وهذا هو أساس عمل هيئة المفوضين وهو عمل بلا شك لا غنى للمحكمة عنه حيث يكون أمام أعضاء المحكمة ملخصاً للدعوى وأسانيدها وكذا أوجه مخالفة - أو اتفاق- القانون أو اللائحة للدستور، وكذا ما إذا كان الطعن قد سبق للمحكمة الفصل فيه من عدمه، وهو ما تفتقر إليه المحكمة العليا باليمن ممثلة بالدائرة الدستورية والتي سبق الإشارة إلى أن أعضائها ليسوا متفرغين للأعمال التي أوكل القانون إليهم الفصل فيها وأهمها الدعاوى والدفوع بعدم الدستورية، و(يعد تحضير الدعوى أمراً لازماً في جميع الدعاوى الدستورية سواء تمت بطريق الدفع أو الإحالة أو حتى التصدي من قبل المحكمة الدستورية ذاتها) [٣].

ونظراً لأهمية عمل هيئة المفوضين فقد نص القانون على وجوب (حضور أحد أعضاء هيئة المفوضين جلسات المحكمة ويكون من درجة مستشار على الأقل)[٤] وبهذا النص إذا عقدت المحكمة الدستورية العليا بكامل أعضائها جلسة لإصدار حكم دون حضور أحد أعضاء هيئة المفوضين فإن ما يصدر عنها يكون باطلاً لمخالفته القانون.

والبطلان المتعلق بتخلف حضور عضو هيئة المفوضين نابع من اهتمام المشرع وتقديره للجهود المبذولة من قبل هيئة المفوضين وقيمة عملها القانوني والذي يتمثل في رأيها القانوني المجرد الذي تقدمه بين يدي أعضاء المحكمة وينبع هذا الاهتمام من عدم اقتصار عمل الهيئة على المطاعن التي قدمها الطاعن

---

(1) في تفاصيل واجبات هيئة المفوضين والمواعيد المقررة قانوناً يراجع:- د. محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية، مرجع سابق، ص٣٨٣.

(2) المادة ٤٠ من القانون رقم (٤٨)لسنة١٩٧٩م.

(3) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٤.

(4) المادة ٤٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨)لسنة١٩٧٩م.

لتمتد وتشمل فحص النص الطعين وعرضه على جميع مبادئ الدستور ونصوصه ولو لم ترد في صحيفة الطعن أو قرار الإحالة ، وكذا بحثها في إجراءات إصدار القانون من الناحية الشكلية قبل الموضوعية، وبهذه الإجراءات المتمثلة في تحضير الدعوى من قبل هيئة المفوضين تتميز الدعوى الدستورية عن سائر الدعاوى التي يتم نظرها أمام مختلف المحاكم القضائية وهذا التميز (ينبع من إستقلال الإجراءات المتبعة بشأن الدعوى الدستورية وتفردها بما يميزها في هذا المجال عن سائر الدعاوى الأخرى)[1].

وتأتي المرحلة الأخيرة- الثالثة- بعد ذلك من قبل المحكمة ذاتها فطالما وأن الدعوى الدستورية سبق أن أعدتها هيئة المفوضين للنظر وأوضحت فيها رأيها، فإن المحكمة تحكم فيها- كقاعدة عامة- بغير مرافعة [2]، كما لها الحق في (عدم قبول أي أوراق أو مستندات أو مذكرات مما كان يلزم تقديمه قبل إحالة الدعوى أو الطلب إلى الجلسة)[3].

وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة إلا أن المشرع قد أعطى للمحكمة الحق في أن تطلب من ذوي الشأن أو من هيئة المفوضين ما تراه لازماً من إيضاحات ، كما أنه إذا رأت المحكمة ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع محامي الخصوم[4].

ومن المبادئ المستخلصة والتي نظمها قانون المحكمة الدستورية العليا يتبين أن أهم تلك المبادئ هو مبدأ المواجهة المكتوبة، والذي يقوم على أساس أن الخصومة الدستورية هي خصومة كتابية (اطلاع وإيداع)[5] ويترتب على إقرار مبدأ المرافعة التحريرية في مواعيد محددة إستبعاد فكرة الحكم الغيابي [6] بحيث

---

(1) سعد ممدوح نايف الشمري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، ٢٠٠٦م، ص٢٧٢.

(2) المادة ٤٤ تنص على أن (تحكم المحكمة في الدعاوى المعروضة عليها بغير مرافعة).

(3) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥١٨.

(4) من نص المادة ٤٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة١٩٧٩م

(5) د. محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية، مرجع سابق، ص٣٧٦.

(6) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥١٩.

لا يوصف الحكم بأنه حضوري أو غيابي، كما يفسر هذا المبدأ قاعدة عدم جواز ابدأ أي مرافعة شفوية لوكلاء الخصوم إلا إذا طلبت المحكمة [1].

وقد حدد المشرع شروطاً معينة يجب توافرها في الحكم الصادر "باسم الشعب" في دعوى فحص الدستورية [2] فتطلب أن يصدر الحكم من سبعة أعضاء بعد أن يتداولوا في الحكم وأسبابه [3]، ونظراً لإفتراض عدم وجود توافق دائم بين أعضاء المحكمة في المسألة المعروضة فقد أكتفى بأن يصدر الحكم بأغلبية الأعضاء السبعة، مع عدم إثبات رأي المخالفين- إن وجد- في مسودة الحكم وينتصر جانب من الفقه لعدم إثبات رأي الأقلية المخالف للرأي الغالب في مصر تحديدا، انطلاقا من سعي الحكومة إلى (التأثير على إتجاهات المحكمة فوسائلها كثيرة سواء اتصلت بالترغيب أم الترهيب، وأنه سوف يلحق أكبر الضرر باستقلال المحكمة ويفتح باباً واسعاً لإفسادها)[4].

في الوقت الذي يبرر فيه جانب من الفقه [5] مزايا إثبات رأي الأقلية المخالف لرأي الأغلبية عند إصدار الحكم، وهو النظام المتبع في الولايات المتحدة

---

(1) د. محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية، مرجع سابق، ص٣٧٧.

(2) تنص المادة ٤٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن (تصدر أحكام المحكمة وقراراتها باسم الشعب) في الوقت الذي تصدر فيه أحكام المحكمة الدستورية بالكويت باسم الأمير يراجع أ.د. عثمان الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، مرجع سابق، ص٦٨١.

(3) المادة ٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا بمصررقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م.

(4) أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي لمجلس الشعب ...، مرجع سابق، ص١٣٨.

(5) يراجع في هذا الاتجاه هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٦٧٦.

- محمد عبدالخالق عمر، وحدة الرأي وتعددة في الحكم القضائي، مجلة القانون ، السنة ٣٦، ص٥١٣.
- د. وهيب عياد سلامة،أسلوب إصدار المحكمة الدستورية لأحكامها، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص٥٠.
- كان مشروع قانون المرافعات يتبنى وجهة النظر المتعلقة بجواز تدوين رأي الأقلية المخالفة للأغلبية إلا أن مجلس الشيوخ حذف هذا النص لأنه يؤدي إلى التشكيك في سلامة الأحكام وقوتها.

الأمريكية. وأهم ما يميز الرأي الأخير أن تدوين وإثبات الرأي المخالف قد يمثل ثروة فقهية وقضائية مستقبلاً خاصة إذا ما علمنا أن الأغلبية قد تتبنى رأي السلطة التنفيذية وتنصاع له ،أو ترجح الجانب السياسي أثناء فصلها في موضوع الدعوى على الجانب القانوني البحت، إلا أن نجاح هذا الأسلوب في الولايات المتحدة الأمريكية لا يعني بالضرورة نجاحه في غيرها من الدول وخاصة التي تحاول فيها السلطة التنفيذية التأثير على استقلال سلطة القضاء بما تملكه من وسائل التأثير والتي أهمها تعيين أعضاء المحكمة المختصة بالفصل في دستورية القوانين.

وأخيراً ينظم القانون ضرورة بيان تاريخ إصدار الحكم ومكانه، وأسماء أعضاء المحكمة الذي اشتركوا فيه وحضروا تلاوته وأسماء ذوي الشأن والقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وذلك استناداً إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية[1].

ثانياً:إجراءات تحضير الدعوى وإصدار الحكم في ظل نظام المحكمة العليا باليمن:

سبق الإشارة إلى أن النظام القانوني في اليمن يعتمد على فكرة الرقابة المركزية قضائياً على دستورية القوانين ، وقد أناط الدستور وقانون السلطة القضائية بالمحكمة العليا- وتحديداً الدائرة الدستورية- بالفصل في دستورية القوانين عن طريق الدعوى المبتدأة أو الدفع [2].

كما أوكل إليها الفصل في الطعون الإنتخابية [3] ومحاكمة المتهمين من شاغلي وظائف السلطات العليا [4] وجميع هذه الإختصاصات تقدم إلى الدائرة الدستورية ابتدأ وتنظر فيها باعتبارها محكمة اول درجة وليس كمحكمة نقض ، وبالتالي فجميع الدعاوى تقدم إلى الدائرة مباشرة وإن كان حكمها في جميع ما تفصل فيها نهائياً وباتاً.

---

(1) وقد أحال قانون المحكمة الدستورية العليا للعمل بما لم يرد فيه نص خاص إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية وذلك بنص المادة ٢٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

(2) المادة ١٩ الفقرة ١ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

(3) الفقرة ٢ من المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

(4) الفقرة ٣ من المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

وفيما يتعلق بإجراءات رفع الدعاوى الخاصة بدستورية القوانين واللوائح والقرارات فيحكمها قانون المرافعات والتنفيذ المدني [1] فلا يوجد نظام قانوني خاص يحكم إجراءات القضاء الدستوري ، باعتبار وحدة القضاء الذي يأخذ به الدستور اليمني بعد قيام الوحدة ، وبالعودة إلى قانون المرافعات نجده قد نظم إجراءات الترافع أمام جميع المحاكم وبمختلف درجاتها دون تمييز وإن كان قد خص المحكمة العليا بأحكام رفع الطعون ابتداءً من المادة ٢١٤ إلى المادة ٢٢٥ والتي ضمنها حكماً عاماً أوجب فيه أن (تسري على قضايا النقض القواعد والإجراءات الخاصة بالجلسات والأحكام بما لا يتعارض مع ما تقدم من النصوص الخاصة به)[2].

وبهذا يتبين أن الأصل في رفع الدعاوى وفقاً لنص المادة ٧٨ من ذات القانون هو مبدأ شفوية الترافع [3] وجواز الادعاء المكتوب إلا أن المتبع أمام محكمة النقض (المحكمة العليا) هو تقديم الطعون عن طريق الإدعاء المكتوب (إيداع وإطلاع) وكذا (الرد كتابة من قبل الخصوم) ويجوز مع ذلك للمحكمة العليا وفقاً لنص القانون (إذا رأت ضرورة للمرافعة الشفوية أن تسمع مرافعة الخصوم والنيابة العامة ولها أن ترخص لهما بإيداع مذكرات في مواعيد تحددها إن لم تر ما يغني عنها....)[4].

وبالتتبع لأحكام الدائرة الدستورية نجدها قد إلتزمت بمبدأ تبادل المذكرات المكتوبة، كأصل عام فقد ورد في أحكامها (وحيث تسلم المدعون نسخة من عريضة الرد وحيث قاموا بالرد عليها)[5]، (كما أخذ المدعون في الرد على الدفوع الشكلية والموضوعية في كلام طويل...)[6]، وجاء في حكم أخر أنه (بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الإيضاحات والمداولة...). وجاء في حكم لها

---

(1) وهو القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م وتعديلاته.

(2) المادة ٢٢٥ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م.

(3) تنص المادة ٧٨ على أن (ترفع الدعوى شفاهاً أو بادعاء مكتوب على عريضة من أصول يقدر عدد الجهات التي يحصل فيها الإعلان وصور بقدر عدد الخصوم....).

(4) المادة ٢٢٠ من قانون المرافعات المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م.

(5) حكم المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم ٢٠٠٠/١م بتاريخ ٢٠٠١/١٠/٢م.

(6) حكم المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم ٢٠٠٠/٢م بتاريخ ٢٠٠١/١٠/٢م.

(وحيث أحيطت- الوزارة- علماً بالدعوى وأعطيت نسخة مطبوعة منها وحيث أعطيت الفرصة الكافية للاطلاع عليها ومن ثم تقديم الرد عليها والإجابة على ما جاء فيها) [1]، كما طلبت أحياناً أخرى سماع الخصوم في مرافعة شفوية وإن كانت في الحكم المتعلق بالطعن على قانون السلطة المحلية قد شابها الاضطراب في الإجراءات المتخذة حيث اكتفت أولاً بتبادل المذكرات ثم طلبت الترافع شفوياً وبعد اعتراض وكيل الوزارة على مرافعة محامي المدعي (أمرت بعدم التلاوة والعودة عن مبدأ الشفوية)[2] مكتفية بالترافع عن طريق (الايداع والاطلاع).

وقد جاء هذا الاضطراب انطلاقاً من محاولة تأصيلها لإجراءات الدعاوى باعتبارها (تقف أمام هذه الدعوى لأول مرة وفي سابقة لاعهد لها بمثلها، لترى بأنه بات من المتعين عليها أن تؤصل لها وأن تؤسس لإجراءاتها تأصيلاً وتأسيساً يتعرف بهما ويتحقق من خلالهما سهولة التعاطي مع مثل هذه الدعوى عن بصر وبصيرة وعن إدراك تام ومنهج لا يضام، يجمع بين كفالة العدالة وحسن سيرها وضمان الوفاء بها وبين تحصينها وإبعادها عن العبث والتحمّل والعنت، ممن قد يظن بأنها باب مخلوع يلجه من لاعمل له أو أنها مسرح للتلهي أو متنزه لتزجيه الوقت وقتل الفراغ)[3]. ومحاولة بهذا التأصيل إلى قفل باب الادعاء المباشر عن طريق وضع شروط خاصة بقبول الدعاوى الدستورية ممثلة بدفع كفالة ماليه قدرها ١٠٠ ألف ريال دون نص في القانون، وبالمخالفة لاحكام الدستور ومقاصدة.

وقد سبق الإشارة إلى أن هذا ليس الحكم الأول للدائرة في دعوى عدم دستورية كما ورد في الحكم، كما أن محاولة الدائرة لتأسيس الإجراءات الخاصة بالادعاء يخالف الدستور ذاته والذي أوكل إلى القانون وحده وضع إجراءات الدعاوى الدستورية حيث جاء في الدستور أن (المحكمة العليا للجمهورية هي أعلى هيئة قضائية ويحدد القانون كيفية تشكيلها ويبين اختصاصاتها والإجراءات التي تتبع أمامها وتمارس على وجه الخصوص في مجال القضاء مايلي:-١-

---

(1) حكم المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم ٢٠٠١/١م بتاريخ ٢٠٠١/١٠/٢م.

(2) أحمد الوادعي، المأزق الدستوري......، مرجع سابق، ص١٨١.

(3) حكم المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم ٢٠٠٠/١م بتاريخ ٢٠٠١/١٠/٢م.

الفصل في الدعاوى والدفوع المتعلقة بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات)[1].

وبالتالي فالتأصيل للإجراءات أمام المحكمة من اختصاص القانون لا المحكمة ، وفيما يتعلق بإقرار الكفالة دون نص فإن ذلك لا يصحح حتى بصدور قانون لأنه سيكون مخالفاً للدستور ذاته الذي أقر مبدأ تقديم الدعاوى المباشرة ضد أي قرار أو قانون أو لائحة ، أما محاولة التأصيل للدعوى ذاتها فمهمة المدعي وليست مهمة المحكمة سوى التأصيل للحكم في الدعوى.

وقد تعذر المحكمة العليا نظراً لإفتقارها إلى هيئة مفوضين تساعدها على تحضير الدعوى وليس التأسيس والتأصيل لها، كما أن أعضاء الدائرة الدستورية ليسوا متفرغين للعمل بالدائرة وحسب ، وإنما هم رؤساء بعض دوائر المحكمة العليا الأمر الذي يؤكد على ضرورة رفد المحكمة بالمؤهلين قانوناً وشرعاً ورفدها بهيئة مساعدين لفحص الدعاوى الدستورية إنطلاقاً من أن المحكمة لا تكتفي في نظرها للدعوى الدستورية إلى ما أبداه الطاعن بعدم الدستورية وإنما تجول بنظرها في النص الطعين وتعرضه على جميع مبادئ الدستور ونصوصه لتخرج بحكم تؤكد فيه دستورية النص أو عدمها ويكون له حجيته المطلقة.

وفيما يتعلق بكيفيه التصويت على الحكم فالمتبع عادة هو إصدار الحكم إذا حاز أغلبية الأعضاء [2] وليس لأي رأي مخالف أن يثبت رأيه وعادة ما يتبع مبدأ التوقيع بالمجاملة إذا ما حاز الحكم على الأغلبية ، وهذا المبدأ للأسف مطبق

([1]) المادة ١٥٣ من دستور الجمهورية اليمنية ٢٠٠١م وذات النص في الدستور المعدل ١٩٩٢م.

([2]) والمتبع أمام المحكمة العليا أن يقدم أحد الأعضاء ملخصاً لا يضمنه أي رأي ثم يعرض على الدائرة لإصدار قرار فيه وذلك استناداً إلى نص المادة ٢٢ من قانون المرافعات رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م وتنص المادة ١٦٥ من نفس القانون على أن (تصدر الأحكام بأغلبية الآراء فإذا تشعبت الآراء وجب على الفريق الأقل عدداً أو الذي يضم أحدث القضاة أن ينضم إلى أحد الرأيين الصادرين أو الأكثر عدداً وذلك عند أخذ الرأي مرة ثانية) ووفقاً لنص المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية تتألف الدائرة الدستورية من سبعة قضاة وتصدر الأحكام والقرارات بالأغلبية المطلقة.

حتى في الدائرة الجنائية وغيرها من دوائر المحكمة العليا، وكما هو معروف في المحكمة العليا بالولايات المتحدة الامريكية والمحاكم الفدرالية الأخرى.

وفيما يتعلق بالنطق بالحكم فقد نص الحكم الشهير المتعلق بقانون السلطة المحلية بأنه صدر حضورياً في حين غاب هذا الوصف عن باقي الأحكام، علماً بأن أحكام القضاء الدستوري في ظل مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين لا توصف بالحضورية أو الغيابية ، لأن الحكم في جميع الأحوال يعتبر حضورياً بالنسبة للمدعى حتى ولو لم يحضر أية جلسة من جلسات نظر الدعوى طالما تقدم بدعواه، كما يعتبر الحكم حضورياً بالنسبة للمدعى عليه إذا كان قد أعلن بصحيفة الدعوى [1] أو قدم مذكرة بدفاعه، والمدعى عليه هنا هو نص قانوني ويمثل الدفاع عنه الحكومة، وهي من يتم إعلانها بالدعوى، وبالتالي إن تغيب المدعي بعد ذلك أو قصرت المدعى عليها فلا يمكن أن يتصف الحكم بالغيابي لأن الحكم الغيابي يجوز الطعن فيه في حالات حددها القانون والحكم في القضاء الدستوري لا يتم الطعن فيه بأي حال من الأحوال.

وبهذا ننهي الحديث عن المطلب الأول وننتقل إلى المطلب الثاني الخاص بتسبيب الأحكام.

المطلب الثاني
تسبيــــــــب الأحكــــــام

أهم ما يميز الرقابة السياسية عن الرقابة القضائية أن الأخيرة تصدر قرارها بحكم قضائي يجب أن يشتمل على الأسباب القانونية التي استند إليها وعول عليها، وإن كانت الرقابة السياسية تصدر قرارها متضمناً في الغالب الأسباب التي اعتمدت عليها إلا أن غياب تلك الأسباب في القرار لا يوجب البطلان كما هو الحال في الرقابة القضائية التي تنتهي بحكم قضائي [2] نهائي وبات.

ويأتي إلزام المحكمة الدستورية بذكر الأسباب من قانون المرافعات المدني باعتباره المرجع الأول والمنظم لأحكام إصدار الأحكام القضائية، وقد نص قانون المرافعات على أنه (يجب أن تعد المحكمة مسودة الحكم بخط أحد القضاة

---

(1) أنظر في تفاصيل ذلك المستشار حمدان فهمي، حجية أحكام القضاء....، مرجع سابق، ص١٩٦.

(2) الأصل أن الأحكام النهائية لاتقبل الطعن فيها بالاستئناف وإن كان يقبل الطعن بالطرق غير العادية (النقض والتماس إعادة النظر) أما إذا لم يكن يقبل الطعن بأي من طرق الطعن العادية وغير العادية فيعتبر حكما باتا ،يراجع :أحمد أبو الوفا، نظرية القانون في المرافعات، ص٣٣٦.

مشتملة على الأسباب التي بني عليها الحكم ثم المنطوق وأن يوقع القضاة المشتركون في الحكم) وأكد القانون أنه في حال خلى الحكم مما ذكر أو من الأسباب (كان الحكم باطلاً)[١] ومن هنا تبدو أهمية ذكر أسباب الحكم التي بني عليها، وإذا كان تضمين الأسباب وكتابتها وجوبيا بحيث يكون الحكم باطلا إذا خلى من ذكرها فإن تلاوتها في جلسة النطق بالحكم جوازياً ، حيث جعل قانون المرافعات النطق بالأسباب جوازياً فنص على أن (ينطق رئيس المحكمة بالحكم علناً بتلاوة منطوقه وحده أو منطوقه مع الأسباب في حضور باقي الأعضاء...)[٢] أما تضمين الأسباب في نسخة الحكم فواجب يترتب على إغفالها بطلان الحكم كما نصت على ذلك المادة ١٦٨ [٣] من قانون المرافعات.

ولا يختلف الحال فيما يتعلق بضرورة تسبيب احكام المحكمة الدستورية العليا بمصر وبإلزامها وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية باعتباره الشريعة العامة في هذا المجال.

وفيما يتعلق بالسوابق القضائية لدى المحكمة العليا باليمن نجد الدائرة الدستورية قد التزمت في جميع أحكامها بذكر الأسباب والأسانيد التي اعتمدت عليها سواء في قبول الدعوى والحكم بعدم الدستورية أو برفضها والحكم بالدستورية ، وبمتابعة أحكامها نجدها قد اتجهت إلى الإطالة في ذكر الأسباب والأسانيد القانونية في أحوال الرفض أكثر من استنادها حال قبول الدعوى والحكم بعدم الدستورية خاصة في الحكم المتعلق بالطعن بعدم دستورية قانون السلطة المحلية ، والحقيقة أن الأسهاب والإطالة كان محموداً ومطلوباً ليتبين منهج المحكمة في تفنيد الدعاوى والتأصيل للأحكام ولو اختلف الفقه حول النتيجة التي توصلت إليها المحكمة في حكمها الشهير.

---

(1) المادة ١٦٤ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني ،رقم ٢٨لسنة ١٩٩٢م.

(2) المادة ١٦٦ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني ،رقم ٢٨لسنة ١٩٩٢م.

(3) نصت المادة ١٦٨ من قانون المرافعات على أنه (يجب أن يشتمل الحكم على بيان المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه، ونوع ورقم القضية التي صدر فيها وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في المداولة وتوقيعاتهم وعضو النيابة إن كان وطلباته وأسماء الخصوم كاملة وصفاتهم وموطن كل منهم ومحصل النزاع وأدلة الخصوم وحججهم ودفوعهم وطلباتهم ثم تذكر الأسباب والأسانيد القانونية والمنطوق وتوقيع الكاتب وهيئة الحكم... وتعتبر بيانات الحكم مكملة بعضها لبعض والعبرة بما ذكر في الحكم لا بمحضر الجلسة وإغفال بيان من البيانات المذكورة أو النقص فيها إذا كان يؤدي إلى التجهل بالقضية.....يجعل الحكم باطلا).

ويشير الفقه إلى فوائد التسبيب باعتبارها تشمل الحجج القانونية والأدلة الواقعية التي بني عليها الحكم ومن أهم هذه الفوائد أن التسبيب يحمل القاضي على العناية بحكمه وتقصي العدالة في قضائه فيكون الحكم نتيجة أسباب معينة واضحة محصورة أسفر عنها تمحيص مزاعم الخصوم ووزن ما استند إليه من أدلة واقعية وحجج قانونية ، وثانيها إقناع الخصوم بعدالة الحكم حتى تنزل من نفوس المتقاضين منزلة الاحترام ، وثالثها التمكين من ممارسة الرقابة التي قررها القانوني على أعمال القضاة وبخاصة الرقابة على سلامة تطبيق القانون وتفسيره[١] وإن كانت هذه الرقابة ممتنعة في أحكام الدائرة الدستورية باعتبارها أحكاماً نهائية لا يجوز الطعن فيها إلا أنها تمكن الرأي العام عموماً والفقه خصوصاً من وزن تلك الأسباب ومراقبتهاحتى لا تجنح إلى مخالفتها صراحة.[٢]

وإذا كان التسبيب واجباً وهاماً بالنسبة للأحكام القضائية بصفة عامة فإنه بالنسبة لأحكام المحكمة الدستورية العليا أوجب وأهم [٣]

ومع ذلك إذا تشابهت الدعاوى والأسانيد فيمكن للمحكمة الدستورية أن تشير إلى الأسباب التي سبق وأن اعتمدت عليها في أحكام مشابهة سابقة، وقد دأبت المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها على أن يكون التسبيب عن طريق الإحالة إلى الأحكام السابقة الصادرة عنها والتي كانت مسببة تسبيباً كافياً وبهذا الصدد لا يرى جانب [٤] من الفقه أي مشكلة باعتبار ذلك توفيراً للوقت

---

(1) د. محمد عبداللطيف، إجراءات القضاء الدستوري، ١٩٨٩، دار النهضة العربية، ص٢٠٨.

(2) للمزيد يراجع د.أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥م، ص١٦٩.
- د.فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٣م، ص٦٣٣.
- د. عزمي عبدالفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، ١٩٨٣م، ص٢٢.
- د. عمرو أحمد حسبوا، تنفيذ أحكام عدم الدستورية، مرجع سابق، ص٤٨.

(3) د .عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٧٣.

(4) د. عبدالعزيز محمد سالمان، المرجع السابق، ص٣٧٤.

والجهد وعدم تكرار ماسبق ترديده علاوة على الحجية المطلقة التي تتمتع بها أحكام المحكمة الدستورية العليا [١].

المطلب الثالث

نشـــــــر الأحكـــــــام

بعد تحضير الدعوى والمداولة والنطق بالحكم يفترض أن يتم نشر الحكم الصادر من القضاء الدستوري ليكون ملزماً للكافة، وخاصة في النظم القانونية التي تجعل القضاء الدستوري بيد سلطة مختصة سواء متخصصة كما هو الحال في مصر أو مسنداً إلى دائرة ضمن دوائر المحكمة العليا- محكمة النقض- كما هو حال النظام الدستوري في اليمن .

ففي ظل مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي يبتغيا منها المشرع إلزام الكافة بما يصدر عن المحكمة المختصة دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين ، يجب أن يكون طريق ذلك الإلزام النشر القانوني الذي بموجبه يتم افتراض علم الكافة.

ومع ضرورة النشر لأحكام القضاء الدستوري نجد أن المشرع الدستوري والقانوني في اليمن لم يشيرا إلى مسألة النشر ولا حتى إلى مسألة الحجية المطلقة للحكم المتعلق بالدعوى الدستورية.

فقد غاب عن المشرع في اليمن تنظيم مسألة نشر الأحكام في الجريدة الرسمية ومع ذلك فقد دأبت المحكمة العليا منذ أول حكم لها عام ١٩٩٣م [٢] على

---

(١) يراجع على سبيل المثال الأحكام المتعلقة برفض الدعوى المتعلقة بمخالفة أحكام الشريعة الإسلامية فقد جاء في أحكام عديدة للمحكمة الدستورية العليا تسبيبا موحداً برفض الطعون باعتبار أنه (لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً...).

(٢) هذا الحكم الذي كان الادعاء فيه مقدماً من قبل ممثل الحكومة (وكيل وزارة الشئون القانونية) والذي جاء في طلباته نشر الحكم في الجريدة الرسمية، بينما جاء الرد عليه من قبل ممثل اللجنة العليا للانتخابات بالطلب نشر الحكم في كافة وسائل الإعلام ، وفرق كبير بين النشر القانوني في الجريدة الرسمية والنشر في كافة وسائل الإعلام

نشر الأحكام المتعلقة بالدعاوى الدستورية ، بل والنص في صلب كل حكم على أن ينشر في الجريدة الرسمية وحسناً فعلت ذلك المحكمة العليا ولو دون نص قانوني يلزمها ، ونعتقد أن هذا العرف الذي أسسته المحكمة العليا فيما يتعلق بنشر الأحكام الخاصة بالدعاوى الدستورية لم يعد من الممكن تغييره، أو العدول عنه باعتبار أن الأصل أن يكون الحكم المتعلق بالدعوى الدستورية ملزماً للكافة ولايمكن أن يكون كذلك إلا إذا تم نشره في الجريدة الرسمية فالحجية المطلقة هي ثمرة القضاء الدستوري في ظل مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وفيما يتعلق بالوضع في ظل المحكمة الدستورية العليا بمصر فإن المشرع الدستوري نص صراحة في المادة ١٧٨ منه على أن (تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية).

وتطبيقاً لذلك نص قانون المحكمة الدستورية العليا على أن (أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة، ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم...) [1] فعلاوة على ضرورة النشر بنص دستوري وقانوني رتب القانون آثار الحجية من اليوم التالي للنشر) [2] [1].

فالأول هو الذي يحقق المقصود من الإلزام القانوني للكافة وإن كان الأخير تعم به الفائدة إلا أنه لا يحقق المقصود وحسناً فعلت المحكمة بالاستجابة لطلب الحكومة بنشر أحكامها المتعلقة بالدعاوى الدستورية في الجريدة الرسمية ، أنظر حكم المحكمة العليا- دعوى رقم ١ لسنة ١٩٩٣م بتاريخ ١٩٩٣/٣/٢١ الجريدة الرسمية العدد ٦ الموافق ١٩٩٣/٣/٣١م.

(1) المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بمصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م وكان نص المادة قبل التعديل بقرار بقانون على أن (تنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها).

(2) يراجع في التعليق على تعديل المادة فيما يتعلق بالأثر المباشر والرجعي لأحكام المحكمة الدستورية العليا بصفة عامة والاستثناء الوارد فيها على الأحكام المتعلقة بعدم دستورية القوانين الضريبية. أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي...، مرجع سابق، ص١٥٤. أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري...، مرجع سابق، ص٢١٦.

والسؤال المطروح في ظل النص الدستوري بنشر الأحكام والنص القانوني المحدد لمواعيد نشر الأحكام في الدعاوى الدستورية، فيما إذا لم تنشر الأحكام في الجريدة الرسمية. فما هو الوضع القانوني للحكم الذي لم ينشر بالنسبة للمحكمة والخصوم والغير؟

في معرض إجابة جانب من الفقه (٢) على هذه السؤال يرى أن الحكم غير المنشور هو حكم قضائي صدر من جهة قضائية في حدود ولايتها فيسري عليه القواعد المتعلقة بالأحكام القضائية من حيث استنفاد ولايتها بمجرد النطق بالحكم فيمتنع معاودة النظر فيه من قبل المحكمة التي أصدرته وعدم إمكانية تعديله ، أما فيما يتعلق بحجية الحكم غير المنشور بالنسبة للخصوم فليس لهم الاحتجاج بعدم النشر إذ المقصود من النشر إلزام الكافة وعلمهم به أما الخصوم فيتم علمهم بالحكم بمتابعتهم للقضية ، ناهيك عن كونه يحوي في بياناته اسمائهم وصفاتهم ومواطنهم فهو حجة عليهم بلاشك، وفيما يتعلق بالغير فالأصل أن الأحكام القضائية ليست حجة عليهم وخروجاً من هذا الأصل تقرر للحكم في الدعوى الدستورية حجية مطلقة قبل الكافة ومن هذا الخروج على الأصل جاز الإلزام بالنشر وبغيره لا يفترض علم الكافة ولا يمكن إلزام المحاكم الأخرى بمضمونة من خلال النشر في الصحف والمجلات والدوريات المتخصصة وبالتالي لا يجوز أن يحتج به أمام أي فرد إذا لم ينشر (٣).

مع ملاحظة أن النشر أصلاً متعلق بالقوانين واللوائح ويذهب جانب من الفقه (٤) إلى أن نشر القوانين عملية مادية بحتة يقوم بها الرئيس باعتباره صاحب السلطة التنفيذية ولا تعد جزء من العملية التشريعية وبالتالي لا يشارك الرئيس في العملية التشريعية من خلال قيامه بهذا الإجراء المادي، لأن القانون قد تم قبل

---

(1) في تفاصيل نشر الأحكام في ظل قانون المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا يراجع المستشار، حمدان حسن فهمي، حجية أحكام القضاء، مرجع سابق، ص٣٣٧ وما بعدها.

(2) د. عبدالعزيز سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٧٦.

(3) يراجع في هذا المستشار د. منير عبدالمجيد، أصول الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٣٢٤.

(4) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في النظام الدستوري المصري، ٢٠٠٦م، ص٢٨٤.
د.أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص١٩٠.

النشر وكل ما تبقى أن يحمل إلى علم المواطنين جميعاً بنشره في الجريدة الرسمية.

ويؤيد هذا ما تذهب إليه المحكمة الإدارية حيث قضت بأن من "المسلم به أنه ولئن كان النشر ليس لازماً لصحة القرارات الإدارية التنظيمية أو اللائحية إلا أنها لا تنفذ في حق الأفراد إلا إذا علموا بها عن طريق نشرها على وجه من شأنه أن يكون كافياً لإفتراض علمهم اليقيني بأحكامها وغني عن البيان أنه إذا كان القرار الإداري اللائحي ذا طابع تشريعي فإنه لا ينفذ في حق الأفراد إلا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ذلك أصل دستوري مقرر"[١].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٨ ق بجلسة ١٩٦٦/٦/١١م.

المبحث الثاني

حجية الحكم المتعلق بالدعوى الدستورية

يقصد بالحجية أو بحجية الأمر المقضي أن الحكم القضائي إذا صدر فإنه يكون حجة فيما فصل فيه من الحقوق، (بمعنى أنه يحوز الاحترام والإلزام سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو المحاكم الأخرى)(١) بما يمنع من إثارة النزاع مرة أخرى، ويترتب على هذا عدم جواز إعادة.إثارة النزاع من جديد أمام القضاء سواء من قبل الخصوم أنفسهم أو المحكمة التي أصدرت الحكم أو المحاكم الأخرى لأن الحكم الصادر في موضوع النزاع يعتبر عنواناً للحقيقة حتى ولو لم يكن كذلك من حيث الواقع.

ويميز الفقه بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي: فالحجية تتقرر للحكم القضائي بمجرد صدوره أما قوة الأمر المقضي فلا تثبت له إلا إذا كان الحكم لا يقبل الطعن فيه بالمعارضة أو بالاستئناف(٢) (*).

وتتمثل القاعدة العامة في النظام القضائي المصري- واليمني- في أن الحكم يحوز حجية نسبية إستناداً إلى قوانين الإثبات والمرافعات فتقرر القوانين "أن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية"(٣) إلا أن هذه الأحكام لا تكون

---

(١) د. عمرو احمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم دستورية النصوص ..،مرجع سابق، ص١٤.

(٢) لمزيد من التفاصيل يراجع د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، مجلد ١ (الإثبات)، طبعة نادي القضاة، ١٩٨٢م، ص٨١٦.

- د. عمر احمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم الدستورية...، مرجع سابق، ص١٧.
- أ.د. رمزي الشاعر، المسئولية عن اعمال السلطة القضائية، ط٣، ص٢٢٨.

(*) وسواء صدر الحكم نهائياً بحيث لايقبل الطعن فيه أو اصبح كذلك بانقضاء مواعيد الطعن أو برفض الطعن أو عدم قبوله، ويحوز الحكم القضائي قوة الأمر المقضي ولو كان يقبل الطعن فيه بطريق طعن غير عادي (التماس إعادة النظر).

(٣) المادة ١٠١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري.

لها حجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وأن يكون النزاع متعلقاً بذات الحق محلاً وسبباً، وبهذا تستلزم الحجية النسبية لإعمالها، وحدة الخصوم ووحدة الموضوع ووحدة السبب ، أما الحجية المطلقة فلا يخضع إعمالها شرط من هذه الشروط إذ تعمل أثرها في مواجهة الكافة وفي أية دعوى ولو اختلفت موضوعاً وسبباً عن الدعوى التي صدر بشأنها الحكم (١) ، وفي نوعي الحجية المطلقة والنسبية تحكم المحكمة من تلقاء نفسها (٢) بعدم القبول لسبق الفصل فيها ، إلا أن عدم القبول في الحجية النسبية لا يكون إلا مع نفس الخصوم الممثلين في الحكم الأول.

ومع تسليم الفقه والقضاء الدستوري بتقرير الحجية المطلقة لأحكام القضاء الدستوري إلا أن ذلك الإجماع مقيد بكون القضاء الدستوري متخصص ويقوم على مبدأ مركزية الرقابة،أما في ظل رقابة الامتناع التي تمارسها بعض الأنظمة القضائية أمام جميع المحاكم فلا يمكن إقرار الحجية المطلقة لأحكامها المتعلقة بالدعاوى الدستورية.

ومع هذا التسليم إلا أن الخلاف يثار حول تقرير الحجية المطلقة لأحكام القضاء الدستوري في الأحكام المتعلقة بعدم الدستورية أو بالدستورية أو بعدم قبول الدعوى ، وكذا الخلاف الدائر حول مدى حجية الأسباب التي يستند إليها حكم القضاء الدستوري ، ونورد تفصيل ذلك في المطالب المتتالية على النحو التالي:

---

(1) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٢٥. والواقع أن الدعوى الدستورية يتحد فيها الموضوع والسبب والمحل (وهو النص الطعين من القانون أو اللائحة) والسبب هو مخالفة أحكامها لنص دستوري ، وموضوعها دعوى إلغاء النص والذي يختلف فقط هو صفات المدعي، وأشخاصهم ، هذا هو المتغير والذي يلزمه نتيجة الحكم الصادر في الدعوى الدستورية حتى لو لم يكن ممثلاً في الدعوى الأولى وكذلك جميع السلطات العامة التي تتقيد بمضمون الحكم الدستوري.

(2) المستشار يحيى إسماعيل، المرشد في قانون الإثبات، ١٩٩٤م، ص٥٢٨.

المطلب الأول

حجية الحكم الصادر برفض الدعوى

قد تكون الدعوى مرفوعة ابتداءً في ظل نظام قضائي يسمح بإقامة الدعوى الدستورية مباشرة أمام القضاء الدستوري ، أوتكون الدعوى مقدمة عن طريق دفع فرعي أمام محكمة الموضوع ، أوعن طريق الإحالة من محكمة الموضوع ، ولكن المحكمة الدستورية ترفض هذه الدعوى المتعلقة بعدم الدستورية فتحكم بالتالي (بدستورية) القانون أو اللائحة أو القرار، فهل يتمتع الحكم في هذه الحالة بالحجية المطلقة تجاه الكافة أم تقتصر حجيته على أطراف النزاع القائم؟

في محاولة الإجابة على هذا التساؤل نشير أن الخلاف أصبح خارج نطاق الجدل الفقهي وأن التسليم قائم بإقرار الحجية المطلقة لنوعي الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بمصر سواء بدستورية النص الطعين أو بعدم دستوريته ، ولولا موقف المحكمة العليا سابقاً من التفريق بين الحجية المُطلقة حال إصدارها حكم بالدستورية أو بعدمها وكذا اختلاف سبب عدم القبول أو الرفض للدعوى من الناحية الشكلية أو الموضوعية ، لما كان هناك ثمة خلاف يذكر، هذا ما يدفعنا لبيان موقف المحكمة العليا سابقاً وموقف المحكمة الدستورية العليا وتمييز الفقه والقضاء لأسباب الرفض وعدم القبول، في البنود التالية:-

أولاً: حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية في قضاء المحكمة العليا:

استقرت أحكام المحكمة العليا- سابقا- على أن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية هي وحدها التي تحوز الحجية المطلقة دون تلك الصادرة برفض الدعوى، فهذه الأخيرة لا تحوز سوى حجية نسبية يقتصر أثرها على أطراف النزاع ، بحيث يجوز معاودة الطعن على نفس النصوص المقضي برفض الطعن بالنسبة لها من قبل أشخاص آخرين [1] وكانت المحكمة العليا قد عرض عليها طعن- قبل إلغائها- ضد قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩م

---

(1) د. عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٣.
د.عبدالعزيز سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٧٨.

والمتعلق بتعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد في الأراضي الزراعية وما في حكمها، وكذا ضد القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧م بتفويض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون على الرغم من أن المحكمة سبق لها أن قضت في دعوى أخرى برفض الطعن بعدم دستورية هذين التشريعين ودفعت الحكومة باعتبار الخصومة منتهية تأسيساً على أن الدعوى الدستورية دعوى عينية وأن المحكمة لا تتقيد بالأسباب التي يبديها الطاعن ولها أن تستظهر أسباباً أخرى بحيث تبسط رقابتها كاملة في هذا الشأن ومن ثم يكون الحكم الصادر حجة على الكافة سواء كان بعدم الدستورية أم برفض الطعن [١].

بيد أن المحكمة العليا اتجهت إلى رفض إضفاء الحجية المطلقة على الأحكام الصادرة برفض الدعوى وجاء بحيثيات ردها أن "الأمر يختلف بالنسبة إلى حجية الحكم الذي يصدر من المحكمة العليا برفض الطعن لعدم دستورية نص تشريعي، فهذا الحكم لا يمس التشريع الذي طعن بدستوريته، فيظل هذا التشريع قائماً بعد صدور الحكم، ولا يحوز الحكم المذكور سوى حجية نسبية بين أطراف النزاع، لذلك يجوز أن يرد الطعن بعدم الدستورية على هذا التشريع القائم مرة أخرى"[٢].

والواقع أن المحكمة العليا حاولت بهذا التبرير التحرر من سابق قضائها لتغيير سياستها القضائية فيما يتعلق بالقوانين الإقتصادية تبعاً لتغير السياسة العامة بعد منتصف السبعينيات من القرن المنصرم، ولكن الأسباب التي عولت عليها في تغيير قضائها كانت منصبة على محاولتها التقرير بعدم إضفاء حجية مطلقة على

---

(١) الرد مدون في هامش:- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٣١. د.عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم دستورية النصوص التشريعية، مرجع سابق، ص٢٦.

(٢) الدعوى رقم ٨ لسنة ٣ق.د، نشر الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٧/١/٢٧م، العدد٤، مشار إليه في:

- أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص٢٢٣.
- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٣١ هامش.
- د.عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم دستورية النصوص التشريعية، مرجع سابق، ص٢٦.

الأحكام التي صدرت بدستورية القوانين في ظل ظروف سياسية واقتصادية معينة مرت بها مصر آنذاك، ولكن الفقه تكفل برد تلك الحجج ولم يتقبل منطق المحكمة العليا ولم نجد لها مناصراً (١).

وأهم ما جاء في تلك الردود أن القوانين المتعاقبة لم تفرق بين نوعية الحكم وهل هو بعدم الدستورية أو برفض الطعن إذ أن (أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية... ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة)(٢) خاصة وأن اتجاه المشرع الدستوري في الأخذ بأسلوب الرقابة القضائية المركزية الهدف منه هو توحيد القضاء في الدعاوى الدستورية وإضفاء الحجية على أحكام المحكمة الدستورية سواء حكمت بالدستورية أم بعدمها، وحتى لا تتعارض أحكام القضاء الدستوري.

ولعل هذه الحجج هي التي دفعت المحكمة الدستورية لاحقاً إلى تقرير الحجية المطلقة لجميع الأحكام الصادرة منها سواء بالدستورية أو بعدمها ، وهو ما نتعرض له لاحقاً، وقبل هذا نشير إلى إجماع الفقه (٣) بأن هناك صورة من

---

(1) في الرد على حكم المحكمة العليا وتفنيد حججها يراجع:
- أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص٢٢٣.
- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٣٢.
- د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٧٩.
- د.عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم دستورية النصوص التشريعية، مرجع سابق، ص٢٨.
- وإلى خلاف ذلك وتأييد المحكمة العليا يذهب الدكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص٢٨٧.

(2) نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا والمقابل لها المادة ٣١ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا، وهي الأخرى وردت عامة ولم تفرق بين الأحكام الصادرة بعدم الدستورية وتلك الصادرة برفض الدعوى على ماذهبت إليه المحكمة العليا.

(3) أنظر في هذا:
- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٢٩.

صور الأحكام الصادرة برفض دعوى الدستورية لاتثير خلافاً وهي صورة الأحكام التي لا تتعلق بحسم النزاع حول الدستورية أو عدم الدستورية- أي الصادرة بعدم قبول دعوى الدستورية لإنقضاء الميعاد المقرر لرفعها أو لإنتفاء المصلحة فيها- في ظل اشتراط المصلحة الشخصية والمباشرة- أو لخلو صحيفة الطعن من توقيع محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة أو من بيان النص التشريعي محل الطعن أو النص الدستوري محل المخالفة الدستورية ومجملها الرفض للدعوى شكلاً وليس موضوعاً، ففي هذه الصور لا ينبغي أن يكون الحكم بعدم القبول حائلاً دون قبول الدعوى مستقبلاً إذا ما توافرت شروط قبولها بعد ذلك سواء بالنسبة للمدعي أو لغيره وفي هذه الحالة فقط من الأحكام الصادرة بعدم القبول هي التي تحوز حجية نسبية فقط وليست مطلقة.

ثانياً: حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا:

تواترت أحكام المحكمة الدستورية العليا على أن الحجية المطلقة تلحق سائر أحكامها سواء تلك التي انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستورية ورفض الدعوى على هذا الأساس، وقد ورد في أحكامها "أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية- وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري- تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم به جميع سلطات الدولة، سواء أكانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى

- د.عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم دستورية النصوص التشريعية، مرجع سابق، ص٢٤.
- د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٨٢.
- والواقع أن قرار المحكمة بعدم القبول هو الذي يجب أن ينصب إلى عدم قبول الدعوى شكلا أما قرارها برفض الدعوى فينصب على الرفض الموضوعي ،وبالتالي الحكم بالدستورية ناهيك عن القرار بانتهاء الخصومة إذا سبق الفصل فيها بقرار موضوعي. إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تلتزم بهذه المصطلحات في مختلف أحكامها.

دستورية ورفض الدعوى على هذا الأساس وذلك لعموم نصوص المادتين ١٧٥، ١٧٨ من الدستور والمادة ١/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية المشار إليها، ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغي قوة نفاذه أو إلى تقرير دستورية وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان"(١)، وهذا المبدأ الذي أسسته المحكمة الدستورية العليا منذ بداية عهدها رددته في أحكامها المتعاقبة (٢).

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "الأحكام التي تصدرها هذه المحكمة في المسائل الدستورية لا تنحصر حجيتها في خصوم الدعوى الدستورية، بل تمتد إلى الدولة بكل أفرعها وتنظيماتها وتقيد- إلى جانبها- الناس أجمعين، باعتبارها تطبيقاً اميناً للدستور ونزولاً على قواعده الآمرة التي تعلو

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٨٣/١١/٥م بالقضية رقم ٤٩ لسنة ٣ق، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج٣، ص١٧٢.

(2) من ذلك أحكامها- في القضية الدستورية رقم ١١٦ لسنة ٤ق بجلسة ١٩٨٦/٢/١م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٣، ص٣١٠.
- الحكم في القضية الدستورية رقم ٩ لسنة ٨ق، جلسة ١٩٨٧/٦/٦م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٤، ص٥٦.
- الحكم في القضية الدستورية رقم ١٣١ لسنة ٥ق،جلسة ١٩٨٨/٥/٧م، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج٤، ص١٨٣.
- الحكم في القضية الدستورية رقم ٨ لسنة ٧ق، جلسة ١٩٨٩/٤/١٥م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٤، ص١٩٠.
- الحكم في القضية الدستورية رقم ٢٦ لسنة ٤ق بجلسة ١٩٩٢/٣/٧م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٥، المجلد الأول، ص١٨٥.
- الحكم في القضية الدستورية رقم ٢٠ لسنة ٨ق، جلسة ١٩٩٤/١/٨م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٦، ص١٢٣.
- ويراجع أيضاً حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٩٢/٥/١٦م في القضيتين ٣٠ لسنة ١٣ق والقضية رقم ٩٨ لسنة ١٢ والحكم الصادر في ١٩٩٢/١١/٧م في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٣ق، والحكم الصادر في ١٩٩٧/٢/٢٢م في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ق، والحكم الصادر في ١٩٩٧/٣/١٥م في القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ق.

غيرها من القواعد القانونية حتى ما كان منها واقعاً في دائرة النظام العام بما مؤداه سريان الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية قبلهم جميعاً فلا يملكون لها تبديلاً ولا يستطيعون عنها حولاً، ليكون الاحتجاج بها تنفيذاً لمضمونها حقاً لكل من يلوذ بها ولو لم يكن طرفاً في الخصومة الدستورية وليس ذلك إلا تقيداً بقضاء المحكمة الدستورية العليا، والتزاماً بأبعاده من خلال إعمال أثره على الناس كافة دون تمييز وبإخضاع الدولة لمضمونه دون قيد"[1].

وبهذا اتخذت المحكمة الدستورية العليا موقفاً مغايراً باضفائها الحجية المطلقة لسائر أحكامها بخلاف ماذهبت إليه المحكمة العليا سابقاً ، ويذهب غالبية الفقه المصري إلى تأييد موقف المحكمة الدستورية العليا [2] باعتباره يوافق نصوص الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا التي قررت لأحكام المحكمة الدستورية الحجية المطلقة وباعتبار أن الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري وكذا لاعتبارات تتعلق بطبيعة القضاء الدستوري المتخصص والذي لاتقتصر في حكمها على الأسباب التي أبداها الطاعن في طعنه وإنما تجول بنظرها جميع المطاعن حتى لو لم تكن مثارة فتبحث الدعوى وتعرضها على مبادئ ونصوص الدستور وتخرج بقضاء إما بدستورية النص الطعين أو بعدم دستوريته وهو ما لا يملكه قضاء الإلغاء أو القضاء العادي [3].

ونخلص مما سبق أنه لم يعد هناك أي خلاف حول الحجية المطلقة للحكم الصادر برفض الدعوى- وبالتالي الحكم بدستورية النص التشريعي المطعون فيه،

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ق.د. بجلسة ١٩٩٦/١١/٣٠م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٦، ص٨٦.

(2) أنظر في هذا:-

- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٢٦.
- د.عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم دستورية النصوص التشريعية، مرجع سابق، ص٣٠.
- د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٧٨.

(3) في هذا المعنى يراجع: د.عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم دستورية النصوص التشريعية، مرجع سابق، ص٣٤.

فهل يكتسب حكم القضاء الدستوري الحجية المطلقة والقاضي بقبول الطعن وبالتالي البت بعدم دستورية النص التشريعي ؟ هذا ما نحاول استعراضه في المطلب التالي.

المطلب الثاني

حجية الحكم الصادر بقبول الدعوى

منذ نشأة القضاء الدستوري المتخصص والمركز بيد محكمة عليا تفصل دون غيرها في المطاعن المتعلقة بعدم دستورية النصوص التشريعية لم يثر أي خلاف- سواء في ظل المحكمة العليا- أو في ظل المحكمة الدستورية العليا- حول مدى حجية الأحكام الصادرة بقبول الطعن وبالتالي الحكم بعدم دستورية النص الطعين، علاوة على ذلك أن نص القانون صريح في أن "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية... ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة"[1].

والمستفاد من هذا النص- كما يقرر الفقه [2]- أن المشرع أراد أن يقرر للأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا حجية مطلقة وهو هدف يتفق مع إرادة المشرع في إقرار الرقابة القضائية على دستورية القوانين وجعلها في يد محكمة مختصة دون غيرها بالفصل في الدعاوى الدستورية، حتى لا يترك أمر البت في مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف درجاتها وحتى لا تتباين أحكام المحاكم في دستورية القوانين.

وقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية العليا على أن أحكام المحكمة تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم [3]، ومن ثم فإن الأحكام التي تصدر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص قانوني تحسم الخصومة بشأن عدم الدستورية حسماً قاطعاً مانعاً من نظر أي طعن يثور

([1]) المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م.

([2]) انظر:

- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٢٧.
- د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٧٧.

([3]) سبق الإشارة إلى نصوص الأحكام التي تضفي الحجية المطلقة على كافة الأحكام سواء تعلقت بالدستورية- عدم قبول الدعوى- أو بعدم الدستورية بقبول الدعوى.

من جديد بشأنه مما يوجب ويحتم على المحكمة الدستورية أن تحكم بعدم قبول الدعوى المطعون فيها على نص تشريعي سبق أن قضت بعدم دستورية، وأن يحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها.

ومع التسليم بهذه الحجية المطلقة يرى الفقه [1]- وبحق- أن ثمة حالة وحيدة يمكن أن تتم فيها إعادة عرض هذه المسألة على المحكمة التي تتولى عندئذ الفصل فيها دون أن يكون في ذلك خروج على الحجية المطلقة للحكم الذي سبق صدوره في شأنها، وتتحقق هذه الحالة عندما يصدر دستور جديد أو يعدل الدستور القائم في بعض نصوصه ومبادئه ويصبح النص التشريعي الذي سبق للمحكمة أن قررت دستوريته- أو عدم دستوريته- مخالفاً للدستور الجديد، أو التعديلات المستحدثة.

فالأصل في الرقابة أنها تخضع النص القانوني لموافقته للدستور القائم من الناحية الموضوعية، فإذا تغيرت القاعدة الدستورية وجب أن يتغير تبعاً لذلك النص القانوني حتى يوافقها ما لم يلزم الحكم بعدم دستوريته حتى لو سبق للمحكمة الدستورية أن قررت دستوريته في ظل النص القديم.

ولذا نعتقد أن كثيراً من أحكام المحكمة الدستورية العليا ستتغير خاصة فيما يتعلق بقانون إيجار العقارات والذي كان القانون يقيد فيها حقوق المؤجر إلى الدرجة التي تلغى إرادته في التعاقد نتيجة تبني الدساتير السابقة لمبدأ التدخل الاقتصادي من الدولة وإقرار حقها في تنظيم الملكية الخاصة وإلزامها بالقيام بدور الخدمة الاجتماعية، وفي ظل التعديلات الدستورية الأخيرة التي تمت مطلع العام ٢٠٠٥ في مصر وألغت كل ما يتعلق بالمبادئ الاشتراكية سيتحرر المشرع والقضاء الدستوري من حماية حق المستأجر ويعود إلى حماية حق المالك بما لا يخل بحقوق التعاقد بين الطرفين وفقاً لإرادتهما المشتركة والتي قيدتها القانونين القديمة إلى الحد المعيب والذي أثر سلباً على التنمية العقارية عدة عقود.

---

(1) يراجع: أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٣٥. د.عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم دستورية النصوص التشريعية، مرجع سابق، ص٣٦.

حيث يشير جانب من الفقه [1] إلى أنه بعد قيام ثورة ١٩٥٢م كان التوجه التشريعي العام هو السعي لحماية المستأجرين باعتبارهم حينذاك الطرف الضعيف وذلك في مواجهة الملاك المؤجرين، واستمر هذا التوجه التشريعي سنين طوال حتى تفتتت الطبقة المالكة وتراجعت قوتها الاقتصادية بما ترتب على القوانين المنظمة للعلاقة بين المؤجرين والمستأجرين من تجميد الأجرة المستحقة لهؤلاء الملاك تجميداً قلب العلاقة بينهم وبين المستأجرين رأساً على عقب حتى أصبح بعض الأثرياء من المستأجرين لا يدفعون لبعض الفقراء من الملاك إلا فتاتاً لا يتناسب البتة مع قيمة العقارات المستأجرة ولا يكاد يسد رمق أولئك الملاك الذين انتقلوا (بسبب السياسة التشريعية) من فئة الموسرين إلى فئة المعسرين المحتاجين.

كما منعت هذه السياسة التشريعية الملاك والأثرياء من بناء العقارات الامر الذي أدخل مصر في أزمة إسكان لفترة طويلة مايزال يعاني منها المجتمع المصري إلى اليوم.

عوداً على بدء لا يسري هذا الاستثناء من قاعدة الحجية المطلقة للأحكام الصادرة برفض الطعن بعدم الدستورية على الحالات التي يكون فيها الرفض بسبب مخالفة القانون أو اللائحة للشروط الإجرائية التي يتطلبها الدستورية لإصدار أي منها، ويرجع ذلك إلى أن الحكم على مدى مخالفة القانون أو اللائحة لهذه الشروط يكون بالنسبة للدستور القائم وقت صدورهما بحيث إذا تغيرت الشروط الشكلية في نص دستوري جديد فإن هذا التغيير يسري على ما يصدر من قوانين ولوائح بعد نفاذه ولا يشمل ما كان سابقاً على هذا النفاذ [2].

وهذا أمر لاخلاف عليه بين الشراح ولذا إذا كان التعديل الدستوري الذي أجري مؤخراً في مصر وكذا التعديل الدستوري الذي أجري مطلع العام ٢٠٠١م في اليمن، قد أعطيا كلاهما لمجلس الشورى اختصاصات مشتركة مع مجلس النواب (في اليمن) أو مجلس الشعب في مصر، فنص الأخير على القوانين

---

(1) أ.د. أحمد كمال أبو المجد، مقالة بعنوان السلطة التقديرية- هل تخضع للرقابة الدستورية؟ متى تعدل المحكمة الدستورية عن قضاء سابق لها؟ وكيف؟، مجلة الدستورية، العدد٢، السنة الأولى، إبريل ٢٠٠٣، ص١٣.

(2) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٣٦.

الأساسية وحصرها مستلزماً ضرورة موافقة مجلس الشورى عليها وكان من بينها قوانين صدرت سابقاً ولم يتم عرضها على مجلس الشورى فلا يمكن الطعن في هذا الفرض بعدم دستوريتها، ولا كذلك ما يتعلق بمجلس الشورى في اليمن والمعين بكامل أعضائه من قبل رئيس الجمهورية وبإرادة منفردة لا معقب عليها وإعطاء المجلس المعين حق إقرار الخطط المتعلقة بالتنمية والحدود وخلافه، فإذا كان ثمة اتفاقيات سابقة لم تمر عليه فلا يمكن قبول الطعن فيها بعدم دستوريتها باعتبار أن اختصاصاتهما لا تحكم إلا القوانين والاتفاقيات اللاحقة لانشائهما وليس السابق منها.

وبالعودة إلى مسألة حجية أحكام الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في اليمن في ظل غياب نص الدستور على حجية الأحكام في الدعاوى الدستورية مع إقرار الدستور لطريقة الطعن المباشر ضد القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات ، وكذلك إغفال قانون السلطة القضائية لمسألة الحجية والنشر في الجريدة الرسمية وتنظيمه لطرق تقديم الدعاوى عن طريق الدعوى المبتدأة والدفع ، نرى مع ذلك أن الحجية المطلقة قائمة لأحكام المحكمة العليا فيما يتعلق بالدعاوى الدستورية ولو دون نص في الدستور أو القانون وذلك لأن القول بخلاف ذلك يناقض الغاية من إنشاء المحكمة العليا وإناطتها دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين وبغير اعتماد الحجية المطلقة والعينية لأحكامها فإن الباب سيبقى مفتوحاً لمنازعات جديدة حول القانون برغم الحكم بعدم الدستورية أو بالدستورية، مما يهدد وحدة التفسير والتطبيق القانوني والقضائي في الدولة، هذا من جانب أما من الجانب الآخر فإن المتتبع لأحكام المحكمة العليا- الدائرة الدستورية- يستظهر الحجية المطلقة لأحكامها في الدعاوى الدستورية وذلك من خلال دأب المحكمة على نشر أحكامها في الجريدة الرسمية وكذا إلزام الطاعنين جميعاً من بعد الحكم المتعلق بقانون السلطة المحلية بدفع الكفالة المنتقدة علماً بأن قرار المحكمة باختراع الكفالة جاء في حيثيات هذا الحكم وليس في منطوقه، الامر الذي يتيح القول بأن المحكمة تعتمد الحجية المطلقة حتى للأسباب المنظمة في الحكم علاوة على منطوق الحكم.

كما أن حكم المحكمة العليا (اليتيم) والذي قضت فيه بعدم دستورية إحدى فقرات قانون الضرائب والسابق الإشارة إليه، قد اعترضت عليه مصلحة الضرائب وقدمت ضده التماس إعادة النظر وسنح للمحكمة العليا أن تقرر بحكم نهائي وبات أن قرارات وأحكام الدائرة الدستورية في الدعاوى الدستورية ليست

محلاً للطعن عليها بأي طريق- وهذا مفهوم الحجية المطلقة أمام الكافة، واعتبرت حكمها السابق في الضريبة بعدم دستورية الفقرة التي تلزم المتظلم من الضرائب دفع ٥٠% من قيمة الضريبة المقدرة ملزماً لكافة السلطات الدولة وهذا هو إعمال للحجية المطلقة وأثر من آثارها.

ومع كل هذه الدلائل على اعتماد الحجية المطلقة لكافة أحكام الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا وخاصة فيما يتعلق بالدعاوى الدستورية واعتبار أحكامها فيها نهائية، يتطرق السؤال عن حق رئيس مجلس القضاء الأعلى بطلب إعادة النظر في أي حكم نهائي يرى أنه يشتمل على خطأ يضر بالعدل مع تبيين وجه الخطأ وفقاً للمادة ٢١٥ من قانون المرافعات؟[1].

فوفقاً لهذه المادة كان يحق لرئيس الجمهورية باعتباره رئيساً لمجلس القضاء الأعلى أن يطلب- بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى- من رئيس المحكمة العليا أن يعيد النظر في أي حكم نهائي.

واستناداً إلى أن أحكام الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا نهائية، فهل يحق للرئيس أن يطلب إعادة النظر فيها فيخل أو يحد من مبدأ الحجية المطلقة للأحكام المتعلقة بالدعاوى الدستورية؟

في معرض الإجابة على هذا التساؤل نفرق بين الوضع القانوني لرئيس مجلس القضاء الأعلى قبل التعديل الأخير [2] الذي جمع بين منصبي رئيس مجلس القضاء الأعلى ورئيس المحكمة العليا وبعده ، فقبل التعديل كانت سلطات رئيس مجلس القضاء بيد رئيس الجمهورية والذي كان يشغل منصب رئيس

([1]) المادة ٢١٥ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م، تنص على أن (لرئيس مجلس القضاء الأعلى بعد موافقة المجلس، أن يطلب من رئيس المحكمة العليا إعادة النظر في أي حكم نهائي يرى أنه يشتمل على أخطاء تضر بالعدل مع تبيين وجه الخطأ).

([2]) صدر القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٦ واسند مهام منصب رئيس مجلس القضاء الأعلى إلى رئيس المحكمة العليا جامعاً بهذا بين سلطات المجلس مع سلطات رئيس المحكمة العليا متخلياً رئيس الجمهورية عن منصب رئيس مجلس القضاء الأعلى وقد سبق الإشارة إلى أن رئيس الجمهورية مايزال له حق رئاسة المجلس ودعوته للاجتماع برئاسته حتى في ظل التعديل.

مجلس القضاء بيد رئيس الجمهورية والذي كان يشغل منصب رئيس مجلس القضاء وكان - ولايزال - بيده تعيين أعضاء المحكمة العليا والنائب العام.

في هذه الحالة كان لرئيس الجمهورية أن يطلب بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى إعادة النظر في أي حكم نهائي صادر من المحكمة العليا وعبارة (أي حكم نهائي) تصدق حتى على الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية- ومع أن الرئيس لم يستخدم هذا الحق فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالدعاوى الدستورية نظراً لندرتها وموافقتها في قضائها للسياسة العامة للدولة إلا أن منح رئيس الدولة لهذا الحق فيه إخلال بمبدأ الحجية المطلقة للأحكام المتعلقة بالدعاوى الدستورية. ناهيك عن الإخلال بمبدأ استقلال القضاء بوجه عام والدستوري بوجه خاص.

أما من الناحية النظرية فوفقاً لنص المادة وإطلاق عبارة- أي حكم نهائي- إذا طلب رئيس الجمهورية بصفته رئيساً لمجلس القضاء الأعلى ووافق على ذلك مجلس القضاء الأعلى- والمعين من قبل رئيس الجمهورية- فإن إعادة النظر واردة وكانت المحكمة العليا ستجد لها سنداً قانونياً يلزمها بإعادة النظر ويؤكد منح رئيس الجمهورية بصفته رئيساً لمجلس القضاء الأعلى هذا الحق.

أما بعد التعديل الذي اجرى قبيل الانتخابات الرئاسية والذي بموجبه تم فك الارتباط بين منصب رئاسة مجلس القضاء الأعلى ومنصب رئيس الجمهورية وربطه مع رئاسة المحكمة العليا، الأمر الذي يجعل هذا الحق بيد رئيس المحكمة العليا والذي يرأس الدائرة الدستورية ويوقع على الأحكام الصادرة منها فإن رئيس الجمهورية لم يعد من حقه تقديم ذلك الطلب وإذا أراد ذلك فعليه أن يمرر هذا الطلب عن طريق رئيس المحكمة العليا والذي عليه أن يتبنى ذلك الطلب.

ومع هذا الفرض النظري ، هل لرئيس مجلس القضاء الأعلى رئيس المحكمة العليا- أن يقدم طلباً من هذا القبيل وهو من أصدر الحكم ووقع عليه- إن وافق المجلس الأعلى على هذا الطلب؟

المنطق السليم لا يوافق على منح رئيس المحكمة العليا هذه السلطة وهذا الحق لأن ذلك معناه- حال فرض وقوعه- أنه إذا صدر الحكم بالمخالفة لرأي رئيس المحكمة العليا وبأغلبية الأعضاء أن يقدم طلباً لإعادة النظر، وهو الأمر الذي يؤدي إلى الدوران.

والأمر الأهم أن هذا الحق يبقى بيد رئيس مجلس القضاء الأعلى رئيس المحكمة العليا في المنازعات الأخرى غير الدستورية سواء في القضايا الجنائية أو المدنية أو التجارية أو العسكرية أو الإدارية، أما في ظل القضاء الدستوري فأمر ممتنع أصلاً لتعارضه مع مبدأ الحجية المطلقة. وأن التسليم بمنطق منح رئيس المحكمة العليا طلب إعادة النظر فيه إخلال بحق القضاء الدستوري في أن يقول كلمته وقضائه في المنازعات التي وصلت إليه الأمر الذي يدفعنا إلى المناداة بفصل القضاء الدستوري عن المحكمة العليا وإنشاء محكمة دستورية عليا على غرار ما هو قائم في مصر نظراً لما يحققه من استقلال للقضاء الدستوري وهيمنته على سائر المحاكم والمؤسسات الأخرى، بالإضافة إلى ذلك أن حكم القضاء الدستوري باعتبار أنه لا يقبل الطعن فيه بأي طريق فهو حكم بات (١) وبالتالي لا يمكن التسليم بحق رئيس مجلس القضاء الأعلى بطلب إعادة النظر في أي حكم صادر من الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا باعتبار أن ما يصدر عنها يعتبر حكماً باتاً (٢).

عوداً على بدء إذا كانت هذه الأحكام فيما يتعلق بالحجية المطلقة لمنطوق حكم المحكمة الدستورية، فهل للأسباب التي يستند إليها الحكم حجية مطلقة كذلك؟ هذا ما نناقشه في المطلب التالي:

المطلب الثالث

حجية أسباب الأحكام الدستورية

يحتوي العمل القضائي على ثلاثة عناصر: أولها المنطوق وهو القرار الذي يصدره القاضي في الدعوى أو في جزء منها، وثانيها الأسباب وهي ما يستند إليه هذا القرار وثالثها الوقائع الدستورية وهي تسجيل لوقائع الخصومة (٣)

---

(1) في هذا المعنى يراجع المستشار د.حمدان حسن فهمي، حجية أحكام القضاء الدستوري وآثارها، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٣٣٦.

(2) المستشار حمدان حسن فهمي، المرجع السابق، ص١٩٥.

(3) د. عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم دستورية النصوص التشريعية، مرجع سابق، ص٤٩.

وبيان صفات المدعي والمدعى عليه وما قدم من طلبات ودفوع وأدلة وإثبات ومراحل الخصومة.

وفي ظل غياب نص قانوني يتعرض لحجية أسباب الحكم الصادر في الدعوى الدستورية فإن المرجع في معرفة حجية هذه الأسباب تستنبط من خلال العودة إلى القواعد العامة المقررة في قانون المرافعات وإلى السوابق القضائية وأراء الفقهاء في هذا الشأن.

فطبقاً للقواعد الواردة في قانون المرافعات والتنفيذ المدني نجد أن نصوصه تؤكد بأنه (يجب أن يشتمل الحكم على بيان....... الأسباب والأسانيد القانونية والمنطوق....) وأن إغفال هذه البيانات أو النقض فيها (يجعل الحكم باطلا) [١] [٢] ويقابل هذا النص في التشريع المصري نص المادة ١٧٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية [٣]، وقد تواترت أحكام القضاء على أهمية التسبيب[٤].

ونظرا لأهمية ووجوب تضمين الحكم الأسباب التي عول عليها وكذا ترتيب البطلان لإغفال ذكر الأسباب يذهب القضاء وجانب من الفقه إلى تقرير

---

(1) المادة ١٦٨ من القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني.

(2) يراجع في أهمية تضمين الحكم الأسباب ومراقبة المحكمة العليا لصحة الأسباب د. محفوظ عمر خميس، بحث حول: البيانات الواجب توافرها في المحكمة، منشور في مجلة القواعد القضائية، العدد٢، ج١، ٢٠٠٥م، من إصدارات المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، ص٢٣.

(3) جاء في نص هذه المادة أنه (يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة).

(4) منها حكم محكمة النقض المصرية قضت بأن (نص المادة ١٧٦ من قانون المرافعات على وجوب اشتمال الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة) يدل على أن المشرع أراد أن يحمل الحكم آيات صحته... وقد رتب القانون البطلان على مخالفة ذلك او إغفاله او القصور في أسباب الحكم الواقعية كما لو أقام الحكم قضاءه على واقعه لاسند لها..). حكم محكمة النقض، الطعن رقم ١٨٠٥ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨٣/٤/١٩م مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفني س٤٥، ع٤، ص٣٧١.

الحجية المطلقة للأسباب في قضاء الدستورية تبعاً لإقرارها لمنطوق الحكم خاصة تلك الأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً لا يقبل التجزئية.

وقد أكد هذا المنطق حكم المحكمة الإدارية العليا حيث قضت بأن "الذي يحوز الحجية من الحكم هو منطوقه وكذا الأسباب الجوهرية المكملة له، فقد يحدث أن تحتوي أسباب الحكم على قضاء يكمل ما ورد بالمنطوق ويرتبط به إرتباطاً وثيقاً بحيث لا يمكن فصله عنه، وهذا النوع من الأسباب يكتسب حجية الأمر المقضي"(١).

كما جرى قضاء محكمة النقض على أن (المعول عليه في الحكم والذي يحوز فيه حجية الأمر المقضي هو قضاؤه الذي يرد في المنطوق دون الأسباب إلا أن تكون قد تضمنت الفصل في أوجه النزاع التي أقيم عليها المنطوق وتحديد مداه والوقوف على حقيقة ما فصلت فيه المحكمة والذي يعتد به فيها هي الأسباب الجوهرية الأساسية التي تتضمن الفصل في أمر يقوم عليه المنطوق فتكون مرتبطة به وتحوز الحجية معه)(٢).

ومن المسلم به أن القضاء بشقيه الإداري والعادي ينص على تقرير الحجية للأسباب وللمنطوق ولكنها حجية نسبية يتمتع بها حكم القضاء العادي والاداري .

أما في ظل تمتع الحكم في الدعوى الدستورية- في ظل مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين- بالحجية المطلقة فتبعاً لذلك تتمتع الأسباب التي ترتبط بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً بالحجية المطلقة ، ويكاد الفقه يجمع على عبارة

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٣١١ لسنة ٤ق بجلسة ١٩٦٠/٧/٢م مجلد سنة٥، ص١١٤٥ وحكمها في الطعن رقم ١٥٩٢ لسنة ٢٦ق. بجلسة ١٩٨٤/١/٢٤م مجلد سنة٢٩، ص٥٤٥.

(2) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٣٠١ لسنة ٤٦ق بجلسة ١٩٨١/٢/٨م مجلد سنة٣٢ ص٤٤٠. ويراجع حكمها في الطعن رقم ٤٩٢٢ لسنة٦٣ق بجلسة ١٩٩٥/١/١٩م مجل دسنة٤٦، ص٢٠٦. وقد جاء في حكم المحكمة النقض أن (حجية الحكم لا تكون إلا فيما فصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة او ضمنية حتمية سواء في المنطوق او الأسباب التي لا يقوم المنطوق بدونها...) الحكم في الطعن رقم ١١٦٤ لسنة٧٥ق صادر بجلسة ٢٠٠٦/١/١٩.

واحدة بأن الحجية تلحق الحكم القطعي في منطوقه والأسباب المرتبطة به ارتباطاً لا يقوم المنطوق إلا به [(1)] أما الأسباب الزائدة والتي لم يكن لها حاجة للفصل في الدعوى فلا تحوز الحجية لا المطلقة ولا النسبية، ويترتب على التمييز بين الأسباب التي تحوز الحجية المطلقة وتلك التي لا تحوز حجية أنه لا يجوز الطعن على أحكام محاكم الموضوع بالخطأ في تطبيق القانون لمخالفة حكم بعدم الدستورية إلا فيما قضى به من عدم دستورية النص التشريعي وبالتالي لا يجوز الطعن على حكم محكمة الموضوع لأنه خالف حكم المحكمة الدستورية العليا فيما اشتمل عليه من تقرير قانوني ابتغى تحديد مضمون القاعدة الواجبة التطبيق إزاء انعدام النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته إذا كان هذا التقرير الصادر من المحكمة الدستورية العليا زائداً عن الدعوى [(2)].

وبالرغم من التسليم بأن أسباب الحكم الدستوري المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً تحوز حجية مطلقة قبل الكافة وجميع سلطات الدولة التشريعية والقضائية والتنفيذية وأنه لا بد من مراعاتها والعمل بمقتضاها شأنها في ذلك شأن المنطوق إلا أن محكمة النقض خرجت على هذا الاتجاه وهو ما تناوله الفقه بالنقد والرد والتفصيل [(3)] فيما يتعلق بخلاف المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض

---

(1) يراجع في ذلك المستشار حمدان حسن فهمي، حجية أحكام القضاء الدستوري ، مرجع سابق، ص٢٧٥.

- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٤١.
- د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٧٩.
- أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص٢٢٢.

(2) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٤٤. ويورد الفقه مثال على تضمين حكم المحكمة الدستورية العليا أسباباً لا صلة لها بالدعوى، وذلك حكمها الشهير والذي قضت فيه بعدم دستورية المادة الخامسة مكرر من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢م بشأن مجلس الشعب وذهبت فيه إلى بطلان تشكيل المجلس والذي انتخب وفقاً للقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦م.

(3) يراجع في تفاصيل الأحكام التي اثير الخلاف حولها بين المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض (دائرة المواد الجنائية) إلى:-

- المستشار حمدان حسن فهمي، حجية أحكام القضاء الدستوري وآثارها، مرجع سابق، ص٢٨٨.

حول حكم المحكمة الدستورية باعتبار جريمة (مقدم الإيجار) و(خلو الرجل) غير سارية باعتبار أن التجريم لهذه الأفعال قد ألغيت بالقانون الجديد الذي (أسقط تلك العقوبات بتبنيه حرية التعاقد)[1] وهو ما لم تأخذ به محكمة النقض على اعتبار أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية (لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى في تفسير القوانين) واعتمادا منها بأن الحجية المطلقة (لا تلحق إلا الأحكام الصادرة بدستورية أو عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه) [٢] وطالما ظهر حكمان نهائيان متعارضان فقد قدم التعارض إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل فيه باعتباره منازعة تنفيذ ، وحكمت المحكمة الدستورية العليا باستمرار تنفيذ حكمها السالف وباعتباره حجة فيما فصل فيه (باعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦م أصلح للمتهم)[٣] معتمدة في ترجيح قضائها على ما ابانته في أسباب حكمها السالف بشأن القانون المتعلق بتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ومن أن المشرع (غض بصره على بعض التدابير الإستثنائية للعلائق الإيجارية التي انبنى التجريم عليها) [٤] ومع وضوح الأسباب التي عولت عليها المحكمة الدستورية العليا والمتعلقة برفض دعوى عدم دستورية النص الذي يجرم (خلو الرجل) و(مقدم الإيجار) بحسبان القانون الجديد الذي أقام العلاقة بين المؤجر والمستأجر قد احال إلى حرية التعاقد وبالتالي إعتبرت النص الطعين تم إسقاطه بالقانون الجديد وعندئذ لا وجود له فلا يمكن الحكم بعدم دستوريته لأنه تعارض بين نصين تشريعيين وليس بين نص تشريعي وآخر دستوري وأن النص الأخير طالما كان أصلح للمتهم فهو النافذ والذي يجب تطبيقه في واقعه النزاع.

- د. عمرو أحمد حسبوء تنفيذ أحكام عدم الدستورية، مرجع سابق، ص٥٧ ومابعدها.

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا، بجلسة ١٩٩٧/٢/٢٢م في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ق.د، الجريدة الرسمية العدد٤٢ في ١٩٩٧/٣/٦م المجموعة ج٨، ص٤١١ ومابعدها.

(2) حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض في الطعن رقم ١١٥٣٩ لسنة١٩٩٠م بجلسة ١٩٩٧/٤/١٣م.

(3) حكم المحكمة الدستورية في منازعة تنفيذ القضية رقم ١ لسنة١٩ قضائية فيه بجلسة ١٩٩٨/١٠/٣م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٩، المجلد الأول، ص٧٦٤.

(4) الحكم سالف الإشارة.

مع كل ذلك إلا أن محكمة النقض لم تسلم بهذا القضاء الدستوري وأصدرت حكمها بتأييدها لقضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية بشأن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦م [1] وقررت فيه أن ليس للمحكمة الدستورية تفسير النصوص إلا بالطريق الذي رسمه لها القانون وأن حجية أحكامها متوقفة على إصدارها للحكم بدستورية أو عدم دستورية القوانين في منطوقها الصريح الأمر الذي اعتبره جانب من الفقه [2] إغفال محكمة النقض لحجية الأسباب والأسانيد التي ساقتها المحكمة الدستورية العليا باعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦م أصلح للمتهم وأنه قد أزال آثار المواد المطعون فيها بعدم الدستورية والتي كانت تجرم أفعالاً محدده وأوقف نفاذها [3] وأن المحكمة الدستورية لم تصل إلى مثل هذا القضاء إلا بعد أن حسمت هذه المسائل في أسباب حكمها مما يجعل هذا الفصل في ذاته حكماً له حجته المطلقة، ولذلك كله ومن أجل رفع الخلاف بين مذهب المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض يجب التسليم بالحجية المطلقة لكل قضاء قطعي صادر في دعوى دستورية طالما أن الأسباب قد تضمنت قضاء فاصلاً في موضوع مطروح على المحكمة الدستورية [4].

وبالتأمل للنزاع الطويل الذي جرى بين المحكمتين - الأمر الذي أطال النزاع الموضوعي - نرى بأن المحكمة الدستورية قد قيدت نفسها بعدم تصديها صراحة بالنص على أن القانون القديم المطعون فيه لم يعد له وجود بسبب تعارضه مع النص الجديد الذي أباح حرية التعاقد بين المؤجر والمستأجر، خاصة وأنها لا تنظر في النصوص المتعارضة إذا كانت في مستوى تشريعي واحد، كما أن محكمة النقض قد استكثرت على المحكمة الدستورية محاولة الزامها بتفسيرها الذي وصلت إليه باعتبار القانون الجديد أصلح للمتهم انطلاقاً من اعتقادها بأن التفسير الملزم والصادر من القضاء الدستوري يجب أن يتم وفقاً لطلب التفسير المنصوص عليه في قانونها (أي قانون المحكمة الدستورية العليا).

---

(1) حكمة محكمة النقض بجلسة ١٩٩٨/١٠/٢٠م في الطعن رقم ٦٨٢٦ لسنة ١٦ق.

(2) د. عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم الدستورية، مرجع سابق، ص٨٨.

(3) المرجع السابق، ص٩٢.

(4) المرجع السابق، ص١٠٣.

هذا الخلاف الذي أطال النزاع الموضوعي وما كان يجب أن يطول لما فيه من إرهاق للخصوم ، خاصة وأن المحكمة الدستورية عند تعارض حكمها مع حكم محكمة النقض قد حكمت بتنفيذ حكمها ، وأن المحكمة الدستورية العليا هي أعلى هيئة قضائية يجب أن يتوقف الخصوم والكافة عندها ، كما أن قضاء الدستورية باعتبار التشريعين دستوريين رغم اختلافهما فالأول يجرم (مقدم الإيجار) و(خلو الرجل) والأخر لا يجرم ويسقط هذه العقوبة فإن ذلك في ظل احكام الدستور قبل التعديل الدستوري الاخير والذي كان يتبنى قيام المال الخاص بدور اجتماعي وقيد حق الملاك بتبني الفلسفة الاشتراكية أما بعد التعديل الدستوري الأخير الذي ألغى كل ما يتعلق بالاشتراكية فيمكن الذهاب الى ان النص الطعين في القانون القديم غير دستوري يتغير بموجبه قضاء الدستورية في هذا الشأن.

وبهذا ننهي الحديث عن حجية الحكم في الدعوى الدستورية ونأتي للحديث عن تنفيذ الأحكام.

المبحث الثالث

تنفيذ حكم المحكمة الدستورية

لا تثار أي مشكلة فيما يتعلق بأحكام القضاء الدستوري في ظل رقابة الامتناع التي تمارسها جميع المحاكم باعتبار أن الحكم الصادر في هذا النوع من الرقابة اللامركزية ليست له حجية مطلقة وتقتصر أثاره على المتنازعين أمام محكمة الموضوع دون سواها ولا يتعداهم ، أما في ظل مركزية الرقابة على دستورية القوانين- وخاصة الرقابة القضائية اللاحقة على إصدار القوانين- فإن الحجية المطلقة للأحكام تعتبر أثراً من آثارها وبالتالي تظهر بعض الإشكالات القانونية تتمثل أهمها في النطاق الزمني الذي تمتد إليه آثار الحكم ، والأخرى تتمثل في إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة بعدم الدستورية باعتبار أن الحكم الصادر بدستورية النص الطعين لإيثار حوله أي مشكلة فالحكم قرر سلامة النص الطعين من أي عيب دستوري، وعلى هذا ندرس المبحث في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: النطاق الزمني لتنفيذ الحكم في الدعاوى الدستورية .

المطلب الثاني: إشكالات تنفيذ الحكم في الدعاوى الدستورية .

المطلب الأول

النطاق الزمني لتنفيذ الحكم في الدعاوى الدستورية

يقصد بفكرة النطاق الزمني لتنفيذ الأحكام الصادرة بعدم الدستورية تحديد التاريخ الذي تمتد إليه آثار الحكم [1] هل يكون له أثر رجعي أم تقتصر أثاره على المستقبل إعتماداً على مبدأ الأثر المباشر للأحكام؟

قبل محاولة الإجابة على هذا التساؤل وبيان موقف الفقه والقضاء وكذا موقف المشرع المصري قبل تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا وبعد التعديل نؤكد أن هذا الموضوع لا يثار بطبيعة الحال إلا بالنسبة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية باعتبارها أحكاماً كاشفة للعيوب التي تشوب النص

---

(1) د. عادل عمر الشريف، قضاء الدستورية......، مرجع سابق، ص٤٧١.

التشريعي المطعون في عدم دستوريته، أما ما عدا ذلك من الأحكام الصادرة بعدم القبول أو رفض الدعوى بعدم الدستورية فإنها لا تمس دستورية النص الطعين مما لا يدعو إلى البحث عن النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بشأنها، إذ أنها ستظل ملزمة ومستمر تطبيقها في العمل كما كانت (١).

ويشير الفقه إلى أن الدول- التي تأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين- تنقسم في تحديدها للنطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية إلى إتجاهين: الأول: يرى أن القاعدة سريان الحكم بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور النص المطعون عليه بعدم الدستورية باعتبار الحكم كاشفاً لعيب عدم الدستورية وليس منشئاً له (٢) ويرى الإتجاه الثاني : سريان هذا الحكم بأثر مباشر باعتباره منشئاً لهذا العيب وملغياً للنص التشريعي المطعون عليه اعتباراً من تاريخ صدور الحكم (٣).

ولا يمكن بأي حال التسليم بحجية الرأي الثاني باعتبار أن الحكم القضائي لا يمكن أن يكون منشئاً للعيب من ناحية ،كما أنه لا يعتبر ملغياً للنص الطعين ، وذلك لأن الإلغاء لا يتم إلا بتعديل قانوني صريح، فالإلغاء لا يتم إلا بقانون يوقف سريان الأول من تاريخ صدور الثاني ، وبالتالي الحكم ليس إلغاءاً وإنما هو يكشف عن بطلان النص من تاريخ صدوره (العيب الأصلي) باعتباره مخالفاً للدستور أو من تاريخ التعديل الدستوري (العيب الطارئ) الذي يلحق بالنص التشريعي ويجعله مخالفاً للنص الدستوري المعدل.

لذلك ونظرا لأهمية تحديد النطاق الزمني لسريان حكم القضاء الدستوري تحتاج الدول إلى وضع قاعدة إما في الدستور أو القانون لإعتماد الأثر المباشر ،

---

(1) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٥٨.

(2) من هذه الدول ألمانيا وأسبانيا وإيطاليا والبرتغال، مع وضع قيود على هذا الأثر الرجعي أهمها عدم المساس بالأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي والمراكز القانونية المستقرة نتيجة للتقادم أو انقضاء الالتزام أو أدائه.

(3) من هذه الدول تركيا والنمسا والمجر في دستور ١٩٨٩م بلغاريا في دستور ١٩٩٢م رومانيا في دستور ١٩٩٢م سلوفاكيا في دستور ١٩٩٣م والتشيك في دستور ١٩٩٣م وبولندا دستور ١٩٩٧م والبحرين ٢٠٠٢م. يراجع أ.د. رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص٥٥٩ هامش. د.أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص٣٣٦.

ويكون إعمال هذا الأثر المباشر إعتماداً على نص القانون وليس على الطبيعة الكاشفة للحكم في الدعوى الدستورية.

ومنشأ الخلاف الفقهي في تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم في الدعوى الدستورية والذي قضى بعدم الدستورية لنص ما يرجع إلى إختلافهم في طبيعة الحكم الدستوري هل هو منشئ أو كاشف للعيب الدستوري؟

فمن أراد أن يقصر آثار الحكم على المستقبل اعتماداً على الأثر المباشر للحكم في الدعوى الدستورية ، عليه أن يذهب إلى إضفاء وصف الحكم المتعلق بالدعوى الدستورية بالمنشئ لحالة عدم الدستورية وليس كاشفاً عنها [1] ومن أراد أن يؤصل للأثر الرجعي للأحكام المتعلقة بالدعاوى الدستورية عليه أن يوصف الحكم بالكاشف للعيب الدستوري وليس منشئاً له ، وهذا هو المنطق الذي يستقيم مع الأحكام الدستورية التي تكشف العيب الدستوري ولا تنشئه[2] (الأمر الذي

([1]) من أصحاب هذا الاتجاه:

- د. سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ١٩٨٨م، ص٣٩٣.
- د. محمد حسنين عبدالعال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م، ص١٦٢.
- د. محمد عبدالعال السناري، الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين في مصر، عالم الكتاب، ١٩٨٦م، ص٢٢٠.
- أ.د. مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، ط١، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ص٢٧٦.
- د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري فقهاً وقضاءً، ١٩٩٦م ص١٣٤.
- د. صبري محمد السنوسي، الوجيز في القانون الدستوري، ١٩٩٧م، ص٢٧٧.

([2]) من أصحاب هذا الاتجاه:

- أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي لمجلس الشعب...، مرجع سابق، ص١٥٢.
- د. عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم الدستورية...، مرجع سابق، ص١٢٠.
- د. محمد أنس قاسم جعفر، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٤١.
- أ.د. رمزي الشاعر، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٢٦٣.
- د. محمد عبداللطيف، إجراءات القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٨٩م، ص٢٥٥.

يتحتم أن يكون له أثر رجعي ينطبق على ما سبقه من تطبيقات هي في الأصل مخالفة للدستور (كما أن إستبعاد الأثر الرجعي لأحكام المحكمة بعدم الدستورية يرتب نتائج شاذة وغير منطقية، فمن مؤدى ذلك عدم استفادة المدعى بعدم دستورية النص من حكم المحكمة إذ يعني تطبيق هذا الحكم على نزاعه أمام القضاء تطبيقا للحكم بأثر رجعي)[١].

وهذا ما ذهبت إليه أحكام المحكمة الدستورية العليا من اعتبار الحكم في الدعوى الدستورية كاشفاً للعيب الدستوري ، وبالتالي إعمال الأثر الرجعي له الذي يرتد إلى تاريخ وجود النص المقضي بمخالفته للدستور، وقد تردد في كثير من أحكامها (أن الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة، إذ هي لا تستحدث جديدا ولا تنشئ مركزاً أو أوضاعاً لم تكن موجودة من قبل بل ،هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره ،الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة بياناً لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره ،وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقاً للدستور وفي حدوده المقررة شكلاً وموضوعاً فتتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه، أم أنه صدر متعارضاً مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره)[٢] وقد جاء في هذا الحكم الشهير أن إعمال الأثر المباشر للحكم معناه أن يحكم قاضي الموضوع في النزاع بمقتضى القانون المطعون عليه بعدم الدستورية (وهذا مما يأباه المنطق

- المستشار د.منير عبدالمجيد، أصول الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص٣٠٤.
- د. عادل عمر الشريف، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص٤٧١.
- د. عبدالله ناصف، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ص٥٨.
- د. فتحي فكري، القانون الدستوري، الكتاب الأول، ١٩٩٧م، ص٢٣٨.
- د. عبدالغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص٨١٩.

(1) أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص١٥٠.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ق.د. بجلسة ١٩٩٠/٥/١٩م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٤، ص٢٥٦.

القانوني السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق لمبدي الدفع أية فائدة عملية مما يجعل الحق في التقاضي- بالنسبة للمسائلة الدستورية غير مجد ومجرداً من مضمونه)(1).

وإذا كان مسلك المحكمة الدستورية العليا بشأن تقرير الأثر الرجعي لأحكامها الصادرة بعدم الدستورية جدير بالتأييد لأنه يكفل فعالية الرقابة واحترام الشرعية الدستورية من خلال حملة للسلطتين التشريعية والتنفيذية على التزام أحكام الدستور خشية إلغاء أعمالها التشريعية المعيبة بأثر رجعي من ناحية ،ولأنه يحقق التوازن الحكيم بين مبدأ المشروعية الدستورية واستقرار المراكز القانونية من ناحية أخرى بما يكفل عدم تطبيق إحداهما تطبيقاً يودي لإهدار الآخر كلية(2) فهل يبقى هذا الأثر على إطلاقه؟ وهل سيتدخل المشرع القانوني للحد منه؟ هذا ما نبينه من خلال الفرعين التاليين.

---

(1) الحكم سالف الإشارة إليه.

(2) د. عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم الدستورية...، مرجع سابق، ص١٣٢.

- د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص٦٤٢.
- المستشار د.حمدان فهمي، مقالة بعنوان (حجية أحكام القضاء الدستوري وآثارها) مجلة الدستورية، العدد١١، السنة الخامسة، إبريل ٢٠٠٧، ص٢٠، يشير إلى أن عدم التسليم بالأثر الرجعي لحكم القضاء الدستوري يفرغ حق التقاضي من مضمونه ويفقد الدعوى القضائية من غايتها مما يعد إنكارا للعدالة).

الفرع الأول

الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم دستورية نص جنائي

لا يوجد أي خلاف على إطلاق الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم دستورية نص جنائي، وهذا ما نص عليه قانون المحكمة الدستورية العليا وأكد أنه (إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام فور النطق به لإجراء مقتضاه)(١).

والمستفاد من المادة أن المشرع لم يكتف بتنفيذ هذا الأثر الرجعي بصورة مباشرة من اليوم التالي لنشر الحكم وإنما أعمل الأثر الفوري للتنفيذ حيث كانت العبارة (فور النطق به) وذلك لأن الأحكام الجنائية تمس مباشرة الحرية الشخصية للمواطن ولجميع الأفراد وبالتالي يجب إلغاء كل ما يكبل هذه الحرية طالما وصدر حكم القضاء الدستوري بعدم دستورية النص الجنائي الذي استند الحكم إليه.

ويمتد الأثر الرجعي حتى لو كان هناك أحكاماً صدرت بالإدانة وحتى لو كانت الأحكام الصادرة بالإدانة نهائية وباتة يجب إطلاق الأثر الرجعي واعتبارها كأن لم تكن، من تاريخ صدور القانون إذا كان العيب أصلياً ومن تاريخ تعديل الدستور إذا كان العيب طارئاً.

والنص القانوني إذ يكلف رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام فور النطق بالحكم لإجراء مقتضاه فهو من ناحية أخرى يكلف النائب العام بتنفيذ الحكم وإيقاف تنفيذ الأحكام الصادرة بالإدانة إذا كانت تلك الأحكام معتمدة على النص الجنائي الذي تم الحكم بعدم دستوريته، فتبليغ النائب العام ليس لإحاطته علماً وإنما للعمل على تنفيذ حكم المحكمة الدستورية بإلغاء جميع أحكام الإدانة الصادرة بناءً على النص المحكوم بعدم دستوريته (٢).

---

(1) الفقرة ٤ من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م.

(2) والواجب الملقى على عاتق النائب العام بتنفيذ حكم القضاء الدستوري بإلغاء وتوقيف العقوبات التي استندت للنص الطعين لايمنع الأفراد من طلب تنفيذ حكم الدستورية بإلغاءالحكم الذي صدر بحقهم.

ويشير جانب من الفقه إلى أن القانون استخدم اصطلاح (النص الجنائي) وليس (النص العقابي) ومؤدى ذلك أن يتسع النص ليشمل النصوص العقابية ونصوص التنفيذ ونصوص الإجراءات الجنائية أيضاً إذا ما شابها عيب عدم الدستورية [1] بل إن النص يشمل كل النصوص العقابية المتعلقة بالقوانين الضريبية حتى بعد التعديل الذي نعرج لبيانه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

إعمال الأثر المباشر في النصوص المتعلقة بالمنازعات الضريبية

الأصل كما أشرنا أن الحكم يسري بأثر رجعي إلى تاريخ صدور القانون أو إلى تاريخ تعديل الدستوري الذي يجعل النص القانوني مخالفاً له، ويمتد هذا الأثر الرجعي إلى مداه في النصوص الجنائية المحكوم فيها بعدم الدستورية، ولكن سريان هذه القاعدة فيما يتعلق بالنصوص الضريبية معناه أن ترد الخزانة العامة كل الضرائب التي تم تحصيلها وفقاً لقانون مخالف للدستور بمجرد صدور حكم من المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص المطعون فيه، ولكي تتقي الحكومة هذا الاحتمال وتكون في مأمن من إرجاع الحقوق الخاصة المأخوذة وفقاً لقانون مخالف للدستور، وتكون كذلك آمنة في سنها لتشريعات ضريبية تعلم سلفاً أنها قد تكون مخالفة للدستور، عمدت إلى تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا وذلك بإنشاء قاعدة قانونية تحد صراحة من سريان الأثر الرجعي فيما يتعلق بالنصوص الضريبية بعد محاولتها إخضاع كل أحكام المحكمة الدستورية العليا للعرض على مجلس الشعب حال الحكم بعدم دستورية أي نص وليكون القول الفصل في هذا لمجلس الشعب وإن كان الفقه [2] والرأي العام قد تصديا لمثل هذا المقترح الذي يجعل القضاء الدستوري لغواً، إلا أن الحكومة بعد فشلها تمرير هذا المقترح وإثر انتهاء الدور التشريعي لمجلس الشعب تعجلت في إصدار قرار بقانون نص على أن (يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م النص الآتي: "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم

---

(1) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٨٧.

(2) في تفاصيل المقترح والرد عليه:

يراجع: أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي ...، مرجع سابق، ص١٤١.

التالي لنشر الحكم ما لم يحدد-لذلك تاريخاً آخر على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص" [١].

وقد وجه جانب كبير من الفقه إنتقاداتهم إلى هذا التدخل التشريعي الذي أسبغ على الضرائب غير المشروعة صفة المشروعية ومنع المواطنين من حقهم المأخوذ بقانون مخالف للدستور وجعل الحكومة في مأمن أثناء وضعها لقوانين ضريبية قد تكون بلا شك غير دستورية، في الوقت الذي انتصر لهذا التعديل جانب أخر [٢]، إلا أن الشكل الذي صدر به القرار بقانون قد دفع جانب من [٣] الفقه إلى نقده بالرغم من انتصارهم لموضوع التعديل الذي يقرر الأثر المباشر لأحكام القضاء الدستوري فيما يتعلق بالضرائب ويحد من الأثر الرجعي للأحكام المتعلقة بعدم الدستورية.

ومع أن الفقه المعارض للتعديل يذهب -وبحق- إلى (أن المعايب الدستورية تحيط بهذا التعديل من جميع جوانبه سواء من ناحية الشكل أو المضمون)[٤] ما يجعله منطوياً على شبهات كثيرة لمخالفة الدستور إلا أن المحكمة الدستورية عندما سنحت لها الفرصة وعرض عليها الطعن بعدم

---

(1) القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨م بشأن تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

(2) يراجع:

- د. محمد محمد بدران، مقالة بعنوان أحكام المحكمة الدستورية العليا في الضرائب بين الأثر الرجعي والمباشر، الأهرام ١٩٩٨/٧/٢٧م.
- د. نبيل لوقا بيباوي، مقالة بعنوان الأثر الرجعي للأحكام الدستورية باطل، الأهرام، ١٩٩٨/٨/٥. نقلا من أ.د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، هامش ص١٤٧.

(3) د. أحمد كمال أبو المجد، مقالة مستقبل القضاء الدستوري في مصر، الأهرام ١٩٩٨/٨/١٩م. واستغرب سيادته من أن الأثر الرجعي ظل معمولاً به نحو عشرين عاماً منذ صدور قانون المحكمة الدستورية العليا عام ١٩٧٩م مما يثير التساؤل عن الاستعجال المفاجئ لإصدار القرار بقانون وفقاً لحالات الضرورة التي لم تتوفر في هذا الشأن.

(4) أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي......، مرجع سابق، ص١٦٤.

دستورية هذا القرار فحكمت بسلامة التعديل من أي مخالفة للدستور وردت على جميع المطاعن المتعلقة بمضمون التعديل وكذا المتعلقة بعدم توافر حالات الضرورة التي استند إليها القرار بقانون [1] ما دفع جانب من الفقه إلى اعتبار قضائها في هذا الشأن تحولاً عن مسلكها فيما يتعلق برقابتها لتوافر حالات الضرورة التي تجيز إصدار قرارات بقانون [٢].

وإن كان هذا الحكم قد أغلق الجدل أمام ساحات القضاء إلا أنه مع ذلك لم يوقف احتجاج الفقه فيما يتعلق بمسلك المشرع المصري في الحد من آثار الأحكام المتعلقة بعدم دستورية النصوص الضريبية، فقد تناسى المشرع الأثر الرجعي المطلق لأحكام القضاء الدستوري فيما يتعلق بالنصوص الجنائية، فإذا كانت العقوبات مالية (بالغرامة أو المصادرة) فعلى الخزانة العامة ردها في الوقت الذي أغفل التعديل عن رد الأموال الخاصة التي أخذت كضريبة بالمخالفة لأحكام الدستور بحجة عجز الدولة عن (مواصلة تنفيذ خططها في مجال التنمية) [٣] وهذا التبرير مرفوض إذ أنه يبرر في حقيقة الأمر غصب الدولة واغتصابها لأموال الناس ظلماً وعدواناً [٤].

وفي ظل التسليم بالأثر المباشر فيما يتعلق بالنصوص الضريبية مع استفادة المدعي بأثر رجعي وفقاً لنص التعديل- والذي انتقد [٥] هو الأخر لإخلاله بمبدأ المساواة بين دافعي الضرائب ممن تقدموا بدعاوى عدم الدستورية وممن لم يتقدم بدعوى، وهو ما حسمته المحكمة الدستورية العليا ونفت عنه صفة عدم الدستورية [٦]، يذهب جانب من الفقه [٧] للتخفيف من آثار التطبيق المباشر لأحكام

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧٦ لسنة ٢٢ق.د. بجلسة ٢٠٠٢/٧/٧م.

(2) أ.د. فتحي فكري، مقالة القاضي الدستوري ثلاثة تحولات في خمس سنوات، مجلة الدستورية، العدد٣، السنة الأولى، يوليو٢٠٠٣، ص٦٠.

(3) من المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨م.

(4) أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي.....، مرجع سابق، ص١٦٢.

(5) يراجع في النقد: أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي.....، مرجع سابق، ص١٦٣.

(6) يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا بالقضية رقم ٧٦ لسنة ٢٢ق.د. بجلسة ٢٠٠٢/٧/٧م.

(7) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٩٦.

القضاء الدستوري في النصوص الضريبية إلى أن اصطلاح النص الضريبي قاصر على الضرائب بالمعنى الفني الدقيق ولا يتعداه إلى الرسوم المفروضة ، ويترتب على ذلك أن النصوص التي تفرض رسوماً على المواطنين لا تخضع لقاعدة الأثر المباشر وإنما لقاعدة الأثر الرجعي إلا إذا استخدمت المحكمة الدستورية العليا صراحة الرخصة التي منحها لها التعديل والمتمثلة في النص صراحة على موعد آخر لسريان الحكم.

كما أن الأثر المباشر يقتصر فقط على النصوص الضريبية ولا يتعداها إلى نصوص قانون الضرائب إذا تعلقت بعقوبات خاصة بالمتهربين من أداء الضرائب ، فالأخيرة إذا حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريتها فيطبق عليها قاعدة الأثر الرجعي ، إذ أن الحكم الدستوري في هذه الحالة يؤدي إلى إفراغ النص الجنائي من مضمونه وذلك إستناداً إلى تأكيد التعديل بأن الأثر الرجعي قائم في كل الأحوال فيما يتعلق بالأحكام الجنائية.

كما منح التعديل الذي صدر بقرار بقانون- المحكمة الدستورية العليا سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدر الخطورة التي تلازمها وذلك في غير الموارد الضريبية، وقد استعملت المحكمة الدستورية العليا هذه السلطة أو الرخصة عندما عرض عليها الطعن بعدم دستورية بعض نصوص قانون الإيجار الذي يحكم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فحجبت عن الحكم الأثر الرجعي وجعلت له أثراً فورياً مباشراً من اليوم التالي لنشرة عندما استشعرت أن المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧م في شأن تأجير الأماكن سيؤدي الحكم ببطلانها وعدم دستوريتها إلى (أحداث خلخلة اجتماعية واقتصادية مفاجئة تصيب فئات عريضة من القاطنين...) وهي (خلخلة تنال من الأسرة في أهم مقومات وجودها المادي وهو المأوى الذي يجمعها)[1].

وبهذا حد التعديل من قاعدة الأثر الرجعي كل الأحكام المتعلقة بعدم دستورية النصوص الضريبية كما منح المحكمة الدستورية سلطة تقرير الأثر

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا، في القضية رقم ٧٠ لسنة ١٨ق.د. بجلسة ٢٠٠٢/١١/٣م. الجريدة الرسمية العدد ٤٦ بتاريخ ٢٠٠٢/١١/١٤م.

المباشر في ما تراه مناسباً بحسب الظروف المحيطة بها ،علاوة على أن الأثر الرجعي هو الأخر مقيد بعدم المساس بالمراكز القانونية التي استقرت بأحكام حازت قوة الأمر المقضي به، أو نتيجة للتقادم، أو أداء الالتزام أو الإعفاء منه [1] وإن كانت فيما يتعلق بالأحكام الجنائية ملزمة باعتماد قاعدة الأثر الرجعي بصورة مطلقة دون قيد، فإذا كان هذا الخلاف الفقهي فيما يتعلق بالأثر الرجعي لأحكام الدستورية والأثر المباشر بعد التعديل القانوني بقرار، فما هو الوضع في القضاء الدستوري في اليمن خاصة إذا ما علمنا بأنه لا يوجد نص يحدد أثار الحكم بعدم الدستورية ولا يحد من إطلاق آثاره؟

ففي مصر يجمع الفقه على أن القانون قبل التعديل كان متعارضاً مع نص المذكرة الإيضاحية الصادرة بشأنه فقد جاء في نص المادة ٤٩ على أن (يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم...) في حين جاء نص المذكرة الإيضاحية. مناقضاً لظاهر نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة ،حيث أكدت أن (نص القانون علىً عدم جواز تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداة هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من ذلك الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم...)[2] وبسبب هذا التعارض تمسك جانب من الفقه بنص القانون دون الالتفات إلى ماورد بالمذكرة الإيضاحية واعتماداً على أن الدستور ترك للقانون تحديد آثار الحكم بعدم الدستورية ، في الوقت الذي تمسك جانب آخر بما ورد

---

(1) يراجع في القيود المتعلقة بعدم سريان قاعدة الأثر الرجعي في غير الموارد الجنائية. د. عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم الدستورية، مرجع سابق، ص١٢٨. أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٥٧٤.

(2) يراجع في بيان تناقض المذكرة الإيضاحة مع نص القانون:

- أ.د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي...، مرجع سابق، ص١٤٨.
- د. عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم الدستورية...، مرجع سابق، ص١١٨.
- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين...، مرجع سابق، ص٥٦٨.

بالمذكرة الإيضاحية باعتباره الموافق لطبيعة القضاء الدستوري الذي يكشف عن العوار الدستوري في النص منذ صدوره.

فالخلاف قائم بسبب نص القانون في مصر، أما في اليمن فلا يوجد نص دستوري يحدد آثار الحكم بعدم الدستورية ولا نص يتعلق بحجية حكم القضاء الدستوري ولا نص قانوني يحد من آثار الحكم بعدم الدستورية، ولذا يبقى الحكم الصادر من المحكمة العليا فيما يتعلق بتنفيذه من حيث النطاق الزماني على أصله ممتداً بأثر رجعي إلى تاريخ صدور القانون (إذا كان العيب التشريعي أصليا) وإلى تاريخ تعديل الدستوري (إذا كان العيب التشريعي طارئا) باعتبار أن الحكم المتعلق بعدم الدستورية كاشفاً للعيب وليس منشئاً له، ولا يستثنى من ذلك سوى ما استقر عليه الفقه من اعتبار المراكز القانونية المستقرة بحكم حاز قوة الأمر المقضي به أو بانقضاء مدة التقادم ، فيما عدا الأحكام الجنائية التي تسقط حتى لو كانت نهائية وباته، في كل الأحوال، واعتماداً على ما قرره الفقه والقضاء في هذا الشأن وسبق الإشارة إليه.

ولا يستثنى من ذلك شئ سواء تعلق الأمر بنص في قانون عقابي أو ضريبي استناداً إلى أن الاستثناء الوارد في مصر تقرر بقرار بقانون ما يزال محل خلاف. وطالما لا يوجد قانون يحد من هذا الأثر فيبقى على أصله.

أما فيما يتعلق بحق المحكمة الدستورية من تقييد هذا الاطلاق وفقاً لمعايير تضعها تراعي فيها الأوضاع المحيطة بما يحفظ الشرعية الدستورية والحقوق المكتسبة وفقاً لقوانين مشروعه فإنه وإن لم يوجد نص يمنح الدائرة الدستورية هذا الحق إلا أنها تتمكن من اللجوء إليه شرط التسبيب المقنع ووضع معايير واضحة بحيث لا تشكك الرأي العام في قضائها وتكون مبرراتها مقبولة لدى الفقه، فقد تلجئها الظروف إلى ذلك دون نص يجيز لها وطالما لا يعتمد القضاء في اليمن على السوابق القضائية فإن مذهب المحكمة العليا- إن جاز لها ذلك- لن يكون ملزماً لها في المستقبل ولها أن تعدل عنه.

وبهذا ننهي الحديث عن النطاق الزمني لتنفيذ أحكام القضاء الدستورية ونأتي لبيان إشكالات التنفيذ في المطلب التالي.

المطلب الثاني
إشكالات تنفيذ أحكام القضاء الدستوري

يعرف الفقه إشكالات التنفيذ أو منازعات التنفيذ بصفة عامة (بأنها الوسيلة القانونية التي يعرض بها ذوو المصلحة على القضاء إدعاءاتهم المتعلقة بجواز أو عدم جواز التنفيذ أو بصحة أو بطلان التنفيذ أو أي إجراء من إجراءاته أو طلباتهم بالمضي في التنفيذ مؤقتاً أو بوقف التنفيذ مؤقتا)[1].

فهي عوارض أو عقبات قانونية تعترض سير التنفيذ ،وتتضمن إدعاءات أمام القضاء تتعلق بالتنفيذ ، بحيث لو صحت لأثرت فيه إيجاباً أو سلباً، إذ يترتب عليها أن يكون التنفيذ جائزا أو غير جائز، صحيحاً أو باطلاً ، يجب الاستمرار فيه أو يلزم وقفه أو الحد منه، وهي بذلك تختلف عن العقبات المادية التي قد تعترض التنفيذ [٢].

وقد تكفل قانون المرافعات والتنفيذ المدني بتعريف التنفيذ وتحديد المحكمة المختصة بالتنفيذ والمختصة بالفصل في منازعات التنفيذ [٣] وكذا تحديد السندات التنفيذية [٤] وفي مقدمتها (الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الجمهورية)[٥] وبالرغم من تعديلات هذا القانون إلا أنه لم يشر صراحة إلى أحكام المحكمة العليا والمتعلقة بعدم دستورية القوانين ولم يختصها بأحكام متعلقة بالمنازعات الخاصة بعدم الدستورية ، ما يجعل الاستناد إليه في المنازعات التنفيذية المتعلقة بالأحكام

([1]) لمزيد من التفاصيل يراجع:
- د. محمد عبدالخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ١٩٧٨م، ص٢٣٥.
- د. عزمي عبدالفتاح، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، ١٩٨٤م، ص٨٩٣.
- د. عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم الدستورية...، مرجع سابق، ص١٤٣.

([2]) د. المستشار عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الخامسة، ١٩٩٦م، ص٨٥٨.

([3]) القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني نظم القانون ذلك في المواد ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨.

([4]) المادة ٢٤٢ والمادة ٢٤٣ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

([5]) الفقرة أ من المادة ٢٤٣ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

الخاصة بعدم الدستورية مشوباً بالقصور نظراً للإجراءات والأحكام الخاصة بالدعاوى الدستورية.

ومن حيث المبدأ أقر قانون المرافعات بأن المحكمة المختصة بالتنفيذ هي من أصدرت الحكم وهي المختصة بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ كما أجاز لها أن تحيل إجراءات التنفيذ كلها أو بعضها إلى محكمة الأخرى.

وبالتالي فالدائرة الدستورية بالمحكمة العليا هي المختصة بالتنفيذ للأحكام الصادرة منها وهي أيضاً المختصة بالفصل في منازعات التنفيذ ، ولها أن تحيل إلى أي محكمة أخرى بعض أو كل إجراءات التنفيذ، وهذا الفرض غير متصور إلا في المنازعات المدنية والمتعلقة بالأموال والعقارات المتواجدة في النطاق المكاني للمحاكم الابتدائية ، لكن منازعات التنفيذ للأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص القانونية يفترض أنها تنفذ آلياً من قبل هيئات ومؤسسات الدولة، فأول خطوات التنفيذ هو نشر الأحكام في الجريدة الرسمية ليكون حجة على الكافة ، سواء كافة السلطات التنفيذية والتشريعية ، أو كافة الأفراد والمؤسسات.

وإذا كان الأصل في ظل قضاء المحكمة العليا في اليمن فيما يتعلق بمنازعات التنفيذ هو العودة للأحكام المقررة في قانون المرافعات- مع قصوره- إلا أن الأصل المتبع في ظل المحكمة الدستورية العليا بمصر هو الالتزام بقانون المحكمة الدستورية العليا بشأن منازعات التنفيذ والرجوع إلى قانون المرافعات فيما لم يرد بشأنه حكم صريح في قانون المحكمة الدستورية العليا.

والقانون الأخير أوكل بنص صريح للمحكمة الدستورية العليا أن (تفصل دون غيرها في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها، وتسري على هذه المنازعات الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها، ولا يترتب على رفع المنازعة وقف التنفيذ ما لم تأمر المحكمة بذلك حتى الفصل في المنازعة)[1].

وبهذا أناط المشرع بالمحكمة الدستورية العليا ذاتها النظر في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها ، سواء كانت تلك

---

(1) المادة ٥٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م.

المنازعات موضوعية أو فنية أو ولائية وسواء كانت أيضاً سابقة على التنفيذ أم تاليه له [1] وبناءً عليه تخرج المنازعة في تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية عن نطاق اختصاص القضاء العادي والإداري ، وتخرج بالتالي منازعة التنفيذ المستعجلة سواء كانت سابقة على التنفيذ أو لاحقة له عن نطاق اختصاص قاضي التنفيذ بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة ، وإذا ما رفعت إليه المنازعة بالمخالفة لما سلف تعين عليه القضاء بعدم اختصاصه نوعياً بنظرها [2].

وبما أن إشكالات التنفيذ قد تستغل كمدخل لتعطيل أو وقف التنفيذ- وهو أمر إن جاز بضوابط وضمانات حددها القانون سلفاً في المنازعات المدنية بين الأفراد- إلا أنه لا يجوز أن يكون مدخلاً لتعطيل أو عرقلة الأحكام المتعلقة بعدم الدستورية وسيكون ذلك مدخلاً لجعل أحكام القضاء الدستوري لغواً ولا فائدة مرجوة منه.

لذلك كله فالأصل أن إشكالات التنفيذ لا توقف تنفيذ الأحكام المتعلقة بعدم الدستورية وإن جاز فيجب أن يكون بحكم من المحكمة الدستورية نفسها إلى أن تفصل في إشكالات التنفيذ.

ومما تجدر الإشارة إليه في مقام الحديث عن تنفيذ أحكام القضاء الدستوري وإشكالات التنفيذ المتعلقة بها أن طالب التنفيذ للحكم الدستوري لا يقتصر على رافع الدعوى الدستورية وحسب بل يمتد ليشمل كافة الأفراد المخاطبين بالقاعدة القانونية التي حكم بعدم دستوريتها أو بدستوريتها، فالأصل أن طلب التنفيذ أمام القضاء العادي والإداري يقتصر على الخصوم في الدعوى الموضوعية لكن الأمر يختلف في طلب التنفيذ أمام القضاء الدستوري لأن ذلك يتعارض مع طبيعة الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية (إذ لا يستقيم هذا القصر إلا في إطار قاعدة نسبية الأحكام التي لا تقوم بها حجيتها إلا بين من كان طرفاً فيها، وهي قاعدة تناقضها الحجية المطلقة المتعدية إلى الكافة التي تحوزها الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية)[3].

---

(1) د. عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم الدستورية....، مرجع سابق، ص١٤٣.

(2) المستشار مصطفى مجدي هرجة، أحكام وآراء في القضاء المستعجلة، ١٩٩٢م.

(3) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٦٠٤.

كما يجب التمييز بين إشكالات التنفيذ والامتناع عن التنفيذ فالإشكال في التنفيذ يعني وجود عقبات قانونية تعترض التنفيذ ويجب إزالتها باللجوء إلى المحكمة الدستورية، أما الامتناع عن التنفيذ فلا يعتبر منازعة في التنفيذ وإنما يعتبر امتناع عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ وهو المجرم قانوناً وفقاً لقانون الجرائم والعقوبات [١] (ومن ثم لصاحب الشأن في مثل هذه الحالة أن يقوم بالادعاء المباشر أمام المحكمة المختصة ضد الموظف أو الوزير الممتنع عن التنفيذ)[٢].

فالامتناع عن التنفيذ لأي حكم قضائي نهائي حايز لقوة الأمر المقضي يمثل في حد ذاته جريمة جنائية بنص القانون في النظام القانوني اليمني وبنص الدستور والقانون معاً في ظل النظام القانوني المصري [٣].

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا بمصر على أن الامتناع عن تنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية لا يعتبر عقبة في التنفيذ تجيز إقامة إشكالات أمامها وإنما يعتبر جريمة جنائية (معاقب عليها قانوناً وفقاً لنص المادة ٧٢ من الدستور فإن إهدار الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية أو التقاعس عن تنفيذها إنما ينحل إلى إنكار حجيتها المطلقة)[٤].

والمحكمة الدستورية العليا وهي بصدد التأكيد على أن الامتناع عن تنفيذ الأحكام المتعلقة بعدم الدستورية يعتبر جريمة جنائية ولا يعد من إشكالات التنفيذ

---

(1) تنص المادة ١٦٥ من قانون الجرائم والعقوبات على أن (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة:

١- كل موظف عام استعمل سلطة وظيفته في تعطيل القوانين أو اللوائح أو الأنظمة أو.... رفض تنفيذ الأوامر والأحكام الصادرة من محكمة أو أي جهة مختصة أو امتنع عمداً عن تنفيذ شئ مما ذكر يدخل تنفيذه في اختصاصه...).

(2) د. عمرو أحمد حسبو، تنفيذ أحكام عدم الدستورية....، مرجع سابق، ص

(3) نص الدستور المصري في المادة ٧٢ على أن (تصدر الأحكام باسم الشعب ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون...).

(4) حكم المحكمة الدستورية العليا بالقضية رقم ٧ لسنة ١٤ق منازعة تنفيذ بجلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٥، المجلد٢، ص٥٢٣.

أكدت على أن (عقبات التنفيذ- لكي تعتبر منازعة تنفيذ تجعل المحكمة مختصة بإزالتها- يجب أن تكون حائلة- بطبيعتها أو بالنتائج التي تترتب عليها- دون تنفيذ الأحكام الدستورية أو مقيدة لنطاقها وأن يكون إسنادها إلى تلك الأحكام وربطها منطقياً بها ممكنا) وتعاقبت أحكامها في وضع المعيارين- اللذين يجعلا المحكمة الدستورية مختصة بالفصل في منازعات التنفيذ (أولهما أن تكون هذه العوائق سواء بطبيعتها أو بالنظر إلى نتائجها- حائلة دون تنفيذ أحكامها أو مقيدة لنطاقها، وثانيها أن يكون إسنادها إلى تلك الأحكام وربطها منطقياً بها ممكنا)(1).

وطالما و(الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يؤدي إلى أثر قاعدي يفيد إدخال قاعدة جديدة في مجال النظام القانوني بدلاً من القاعدة المحكوم بعدم دستوريتها)(2) فإن تنفيذ الأحكام الصادرة بعدم الدستورية لا يتوقف على تدخل من جانب السلطة التشريعية أو التنفيذية كما لا يعتبر هذا التدخل (طريقا وحيداً لأعمال آثار الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة في المسائل الدستورية ولايجوز حملها- أي السلطة التشريعية والتنفيذية- على التدخل في زمن معين وقعودهما عن إقرار تنظيم تشريعي في هذا النطاق لا يعتبر بمثابة عقبة قانونية بل يعتبر موقفاً سلبياً لا يكشف عن إجراء يناهض مضمونها)(3).

وفي ظل هذا القضاء الواضح في عدم توقف تنفيذ أحكام الدستورية على تدخل من جانب السلطة التشريعية في تنفيذ التعديل وفقا لحكم القضاء الدستوري ، يثار تساؤل حول ما إذا صدر حكم بعدم دستورية قانون ماء أو نص فيه ، ثم أعيد إصدار قانون يتضمن ذات المبادئ وعلى ذات الأسس التي كانت محلاً للطعن ،

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦ لسنة ١٢ق. منازعة تنفيذ بجلسة ٧ مايو ١٩٩٤م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٦، ص٨٢٢. حكم المحكمة في القضية رقم ١ لسنة ٢٠ق. منازعة تنفيذ بجلسة ١ أغسطس ١٩٩٩م، المجموعة، ج٩، المجلد الأول، ص٨٢٨.

(2) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ٢٠٠٠م، ص٣٠٥.

(3) حكم المحكمة الدستورية سالف الإشارة في القضية رقم ٧ لسنة ١٤ق. منازعة تنفيذ بجلسة ١٩ يونيه ١٩٩٣م.

فهل يجوز لصاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء الدستوري باعتبار أن هذا التشريع الجديد يعتبر عقبة في التنفيذ؟

في محاولة الإجابة على هذا التساؤل يذهب جانب من الفقه [1] إلى أن هذا التشريع جديد وصادر من سلطة مختصة ولو تضمن ذات المبادئ فإنه لا يكون الطعن عليه إلا وفقاً لإجراءات الطعن المنصوص عليها في قانون المحكمة الدستورية العليا.

ولا يعتبر بالتالي منازعة من منازعات التنفيذ. وهذا الرأي محل نظر لأنه يهدر الحجية المطلقة لأحكام القضاء الدستوري ويفتح باباً للتحايل على أحكام القضاء الدستوري الأمر الذي يؤدي إلى الدوران وعدم التسليم بأحكام المحكمة الدستورية العليا ويرهق الخصوم.

في الوقت الذي يذهب جانب آخر من الفقه- وبحق- إلى أنه (إذا كان عدم صدور قانون من السلطة التشريعية أو قرار بقانون من السلطة التنفيذية لا يعتبر عقبة في التنفيذ تجيز للأفراد اللجوء بشأنها إلى المحكمة الدستورية العليا لإزالتها فإن صدور القانون أو القرار متضمناً ذات المبادئ التي قضي بعدم دستوريتها يعتبر عقبة من عقبات التنفيذ التي تتيح للمحكمة التصدي لدستورية النص الجديد)[2] وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ بقولها (وحيث إن منازعات التنفيذ تتعدد صورها وتتنوع تطبيقاتها وإن كان يجمعها أنها تطرح عوائق التنفيذ سواء كانت معطلة له أو مقيدة مداه، ويندرج ضمن هذه المنازعات أن يتبنى المشرع بتشريع جديد ذات أحكام نص تشريعي سبق لهذه المحكمة القضاء بعدم دستوريته، أو أن تستمر السلطة التنفيذية في إعمال حكم نص تشريعي سبق للمحكمة- استناداً للأحكام الموضوعية في الدستور- إبطال نص مطابق له في النطاق عينه وموجه للمخاطبين به أنفسهم بحجة أنه نص جديد مستترة في ذلك وراء فكرة استقلال النصوص القانونية ، إذ لا يعدو أن يكون ذلك تحايلاً على أحكام الشرعية الدستورية، ومن ثم يعتبر هذا التشريع الجديد أو ما يصدر من قرارات تنفيذاً له عقبة من عقبات التنفيذ ويجوز لهذه المحكمة عندئذ أن تعمل ما خولته إياها المادة ٢٧ من قانونها من التصدي لدستورية النص الجديد

---

(1) د.عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٩٢.
(2) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٦١٣.

الذي عرض لها بمناسبة نظرها منازعة التنفيذ المطروحة عليها لإتصاله بها وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية)(١).

وبهذا أحسنت المحكمة الدستورية العليا صنعاً حتى لا يتم التلاعب على أحكام القضاء الدستوري والالتفاف عليها بإصدار تشريع لاحق على حكمها السابق.

وفي نهاية الحديث عن إشكالات التنفيذ لأحكام القضاء الدستوري نأتي لذكر بعض الحالات العملية المتعلقة بمنازعات التنفيذ وأهمها تفسير أحكام القضاء الدستوري وتصحيح الأخطاء المادية في الأحكام وذلك في الفرعين المتتاليين.

الفرع الأول

طلب تفسير أحكام القضاء الدستوري

تنفيذ الأحكام يتوقف على مدى وضوح معانيها ودلالاتها ومقاصدها، ولذا فالتنفيذ (لا بد أن يسبقه فهم الاحكام واستيعاب مضمونها على نحو يتوافق والمنطق القانوني الذي انتهجته المحكمة باعتبار أن الحكم القضائي أقوى أنواع السندات التنفيذية من حيث ثبوت الحق المقرر فيه لأنه يصدر من المحكمة بعد تحقق مزاعم الخصوم ويحسم كل أسباب النزاع بينهم)(٢).

فإذا ما شاب الحكم بعض الغموض سواء في المنطوق أو الأسباب المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً لا يقبل التجزئة فإن للخصوم أن يلجأو إلى المحكمة ذاتها مصدرة الحكم لبيان تفسير حكمها باعتبارها صاحبة الولاية في إصدار الحكم والاقدر على فهم معانية ومقاصده.

ولا خلاف على اختصاص المحكمة مصدرة الحكم بتفسير الحكم الصادر منها سواء تعلق الأمر بالقضاء العادي او الإداري والدستوري من باب أولى، فقد

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، في القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ق، منازعة تنفيذ، بجلسة ٤ أغسطس ٢٠٠١م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٥، المجلد٢، ص١٣٢٢.

(٢) د. محمد حامد فهمي، تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية، دار النشر للجامعات المصرية، ط٣، ص١٠.

أوكل قانون المرافعات في الأحكام المتعلقة بإصدار الحكم إلى المحكمة تفسير الحكم بناء على طلب الخصوم.

ولكن الخلاف يدق في اتصال محكمة الموضوع او المحكمة الدستورية بطلب التفسير هل عن طريق (الدعوى) أم (الطلب) المباشر؟

وبعبارة أدق هل يقدم طالب التفسير دعوى تفسير الحكم أم طلب تفسير الحكم؟

ويظهر الخلاف نتيجة لإختلاف المدلولين فيما يتعلق (بالدعوى) و (الطلب) من حيث شروط قبولهما والنطاق الزمني الذي يجب أن يقدما فيه والنتيجة المترتبة على الاستجابة للطلب او قبول الدعوى من رفضها، فقانون المرافعات ميز في مصطلحاته الإجرائية والموضوعية بين (الدعوى والطلب والدفع[*])[١].

فـ (الدعوى هي الوسيلة التي يخولها القانون للشخص في سبيل الالتجاء إلى القضاء للحصول على حق أو ضمانه او إثباته...)[٢].

و(يشترط لقبول الدعوى شكلاً أن تكون قد رفعت إلى المحكمة بالطريقة والإجراءات الصحيحة والمواعيد المنصوص عليها في القانون)[٣] و(يشترط لقبول الدعوى أن لا يكون قد صدر فيها حكم سابق قائم ولم يلغ)[٤].

فالدعوى سابقة لإصدار الحكم وتبدأ بها الخصومة القانونية وما تصدره المحكمة بشأنها (حكم) بقبولها او عدم قبولها كلياً او جزئياً في مواجهة مدعى عليه، وليس الطلب كذلك.

(*) نصت المادة ٥٥ من قانون المرفعات أنه (لاتقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لاتكون لصاحبه فيه مصلحة تقرها القوانين النافذة).

(1) سبق تعريف الدفع بأنه (دعوى يبديها المدعى عليه لو ثبتت لبطلت دعوى المدعي في الادعاء القائم أو في الحق المدعى به) المادة ١٣٣ مرافعات.

(2) المادة ٥٠ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م.

(3) المادة ٥١ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني .

(4) المادة ٥٧ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

فقانون المرافعات ميز بين عدة (طلبات) منها ما يقدم أثناء سير الخصومة [١] ومنها ما يقدم بعد إصدار الحكم وأهمها طلب التنفيذ [٢] وطلب تفسير الحكم [٣] وطلب التصحيح للأخطاء المادية [٤].

فليس من بين الطلبات مايقدم إبتداءً أو تبداء به خصومة قانونية، وبما أن الطلب يأتي بعد صدور حكم فلا يقيد بوقت ولا يحد بزمن معين ولا تسري عليه أحكام التقادم طالما استند إلى حكم سابق، في الوقت الذي لا تسمع فيه بعض الدعاوى بسبب أحكام التقادم المسقطة للحقوق ، ويفترض أن ما تصدره المحكمة استناداً إلى طلب التفسير هو قرار بتفسير حكمها وليس حكماً جديداً، وقد كان المشرع اليمني موفقاً عندما ميز بين ما تصدره المحكمة بناء على الدعوى واعتباره (حكماً) فاصلاً في موضوعها وبين ما تصدره استناداً لطلب التفسر واعتباره (قراراً) ، فقد جاء نص المادة ١٨١ من قانون المرافعات واضحاً في أن (للمحكمة بناءً على طلب الخصوم أن تفسر ما غمض في حكمها بقرار تصدره...).

هذا التمييز في الألفاظ والدلالات كان واضحاً وجلياً في قانون المحكمة الدستورية العليا بمصر حيث أكد القانون أن (أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة)[٥].

وإن كان هذا التمييز فيما يتعلق بتفسير المحكمة الدستورية للتشريعات بناءً على طلب وزير العدل [٦] إلا أن هذا التمييز يمكن أن يشمل كل تفسير تصدره المحكمة الدستورية العليا سواء تعلق الأمر بتفسيرها للتشريعات او لما

---

(١) مثل الطلبات العارضة وتقدم أثناء نظر القضية (المواد ١٤٧، ١٤٨، ١٤٩) وطلب رد القضاة المادة ١٠٠ وطلب تأجيل الدعوى لإدخال ضامن (المادة ١٤٣).

(٢) طلب تنفيذ الحكم بعد صيرورته نهائياً نظمها قانون المرافعات المادة ٢٣٦ى وما بعدها.

(٣) طلب التفسير نظمته المادة ١٨١ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني .

(٤) طلب التصحيح نظمته المادة ١٧٩ وكذا طلب الفصل في بعض الطلبات الموضوعية إذا أغفلت المحكمة الحكم فيها.

(٥) المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م.

(٦) نصت المادة ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية على أن (يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناءً على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية).

تصدره من أحكام ، باعتبار أن أحكامها بعدم الدستورية او بالدستورية هي أحكام متعلقة بالقوانين إلغاءً لقوتها او تثبيتاً لها.

ومع أن التمييز واضح في قانون المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بالإجراء الخاص بطلب التفسر وليس بدعوى التفسير ، وكذا الأثر المترتب على ذلك من اعتبار ما تصدره المحكمة الدستورية بناءً على الدعوى (حكماً) وما تصدره بناء على طلب التفسير بكونه (قرارا) وإن كان الحكم أو القرار لهما الحجية المطلقة ولهما نفس الدرجة من حيث قوة الأمر المقضي به ، ومن حيث عدم جواز الطعن عليهما بأي وجه من أوجه الطعن إلا أن جانباً من الفقه [١] يعتبر طلب التفسير (دعوى) ، كما يزداد الإشكال عندما يحيل قانون المحكمة الدستورية فيما يتعلق بتفسير الأحكام إلى قانون المرافعات المدنية [٢] والأخير وإن كان قد أكد على أن تفسير الحكم يأتي بناءً على (طلب) وليس (دعوى) إلا أنه اعتبر أن ماتصدره المحكمة بشأن هذا الطلب (حكما) بالتفسير، فجاء نص المادة واضحاً في أنه (يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ماوقع في منطوقه من غموض أو إبهام ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية)[٣].

والواقع أننا نميل إلى ترجيح ماذهب إليه المشرع القانوني اليمني في قانون المرافعات من اعتبار ماتصدره المحكمة بشأن طلب التفسير (قراراً) وليس (حكماً) وخاصة في القضاء الدستوري وسندنا في ذلك ما أكده قانون المحكمة

---

(1) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٦٠١.

(2) استناداً إلى نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا بالمواد ٢٨، ٥١ وتنص الأولى على أنه (فيماعدا ما نص عليه في هذا الفصل تسري على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التي تقدم إلى المحكمة الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها) وتنص المادة الثانية (تسري على الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة فيما لم يرد به نص في هذا القانون القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة تلك الأحكام والقرارات).

(3) المادة ١٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م.

الدستورية العليا من التمييز بين ما تصدره المحكمة من (أحكام وقرارات) والذي خصص له الباب الثالث من نفس القانون [1] وأكد بما لا يدع مجالاً للشك من أن الأحكام في مواجهة (الدعاوى) وأن القرارات متعلقة بالتفسير.

كما لا يمكن اعتبار الخلاف لفظياً بين (القرار) و(الحكم) ولا إعتبار (القرار) مجازاً (حكماً) بالمعنى الفني والدقيق للأحكام القضائية وخاصة في مجال إتصال القضاء الدستوري في مصر بالدعوى الدستورية والمحصورة بالدفع أو الإحالة والتصدي، باعتبار أنه لا يمكن الطعن مباشرة أمام القضاء الدستوري في ظل قانون المحكمة الدستورية العليا.

وبالتالي فمن صدر له حكماً بعدم الدستورية أو كل ذي مصلحة له حق التمسك بالقضاء الدستوري نتيجة حكم سابق ليس له في مجال تطبيق وتنفيذ ذلك الحكم أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة الدستورية لطلب التفسير إن اشكل على محكمة الموضوع فهم منطوق الحكم أو ثار خلاف بين أطراف النزاع على مضمون الحكم ، وعليه حينها ان يسلك طريق الادعاء عن طريق الدفع وهو طريق ضيق للغاية مع اختلاف المراكز القانونية بين من يدعي ابتداءً عدم دستورية نص في قانون أو لائحة وبين من يتمسك بحكم من القضاء الدستوري ثار خلاف حول معانيه ويطلب مجرد تفسيره.

يظهر الخلاف جلياً وعملياً بين تمسكنا بكون طريق التفسير هو (الطلب المباشر) وليس الدعوى التي لا تقدم في مصر إلا عن طريق الدفع أو الإحالة ،

---

(1) جاء في الباب الثالث (الأحكام والقرارات)من القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م:

- المادة ٤٦ تصدر أحكام المحكمة وقراراتها باسم الشعب.
- المادة ٤٨ أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن.
- المادة ٤٩ أحكام المحكمة في الدعوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة.
- المادة ٥٠ تفصل المحكمة دون غيرها في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها.
- المادة ٥١ تسري على الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة فيما لم يرد به نص في هذا القانون القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة تلك الأحكام والقرارات.

وبكون ما تصدره المحكمة الدستورية بشأن طلب التفسير (قرارا) وليس (حكماً) هو أن الاعتقاد بخلاف هذا هو ما دفع المحكمة الدستورية العليا في سابق قضائها بشأن طلب التفسير إلى صد أبوابها لطلب التفسير اعتباراً منها من أن (الطلب الذي يقدم إلى المحكمة الدستورية العليا بتفسير الأحكام الصادرة منها في الدعاوى الدستورية لا يعدو أن يكون دعوى يتعين أن ترفع إليها وفقاً للأوضاع المقررة في قانونها)(١) وساقت المحكمة في هذا الحكم الإجراءات التي كان ينبغي لطالب التفسير أن يسلكها ومنحت محكمة الموضوع حق تقرير إحالة طلب التفسير أو الحكم بجديته فإذا (لم تحله محكمه الموضوع ولم يقدم بناءً على تصريح منها للمدعيين برفع دعوى التفسير إلى المحكمة الدستورية العليا وإنما قدم مباشرة إلى هذه المحكمة بمذكرة وردت إليها...ومن ثم لم يتصل بالمحكمة اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً وبالتالي يكون- أي طلب التفسير- غير مقبول)(٢).

فهذا الاتجاه كان يعلق الفصل في طلب التفسير على إرادة محكمة أخرى هي محكمة الموضوع، فإذا لم تحل أو تصرح لطالب التفسير بإقامة دعوى التفسير امتنع على المحكمة الدستورية العليا تفسير أحكامها.

ولذا ينتقد هذا الاتجاه جانب من الفقه ويصف الوضع السابق (بالشاذ غير المألوف)(٣).

ويصف جانب آخر من الفقه العدول عنه (بالوضع السليم)(٤).

وبما أن هذا الاتجاه كان منتقداً فما إن تقدمت هيئة قضايا الدولة بدعوى طالبة فيها تفسير أحد الأحكام (٥) حتى سنحت الفرصة للمحكمة الدستورية العليا بالعدول عن موقفها ووضعت مبدأ عاماً في عبارات واضحة من أنه (يجوز لكل

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا بالقضية رقم ٦٨ لسنة ٣ق.د، بجلسة ١٩٨٩/٣/٤م، المجموعة ٤، ص١٥١.

(2) الحكم السالف الإشارة.

(3) د. منير عبدالمجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٢٨.

(4) د.عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٩٣.

(5) طالبت هيئة قضايا الدولة تفسير الحكم الصادر بالقضية ٣٤ لسنة ١٢ق.د، الصادر بجلسة ١٩٩٤/٦/٢م.

خصم... أن يتقدم مباشرة إليها بدعاوة المتعلقة بتفسير قضائها وقوفاً على حقيقة مرادها منه وتحديداً لمقاصدها التي التبس فهمها حقاً... إذا كان الغموض أو الإبهام سواء في منطوق هذا الحكم أو ما إتصل به من الدعائم التي لا يقوم بدونها- قد اعتراه فعلاً فأصبح خافياً... متى كان ذلك وكان **طلب التفسير** الماثل قد قدم مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع التي نص عليها قانونها فإنه يكون قد اتصل بها اتصالاً مطابقاً للقانون)[1].

وبهذا يعتبر طلب التفسير من الطلبات المقبولة أمام المحكمة الدستورية العليا خاصة وأنه لا يقصد منها النيل بأي شكل من الأشكال من حجية الحكم الصادر منها.

ومن القواعد المستقرة في تفسير الأحكام أن المحكمة تتولى تفسير الحكم ملتزمة بقضائها السابق الذي أصدرته فيه وبالأسباب التي بني عليها دون تعديل في منطوقه أو في أسبابه المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً لا يقبل التجزئة، حال كون الحكم مشوباً بالغموض أو الإبهام أو الشك أما إذا كان قضاء الحكم واضحاً جلياً لا يشوبه غموض ولا إبهام فإنه لا يجوز الرجوع إلى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للعدول عن الحكم أو المساس بحجيته [2].

وإذا كانت القاعدة أن طلب التفسير يقتصر أمام القضاء العادي على الخصوم في الدعوى فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لطلب التفسير أمام المحكمة الدستورية العليا، لأن ذلك يتعارض مع طبيعة الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية والمتمثلة في الحجية المطلقة لأحكام القضاء الدستوري.

وفيما يتعلق باختصاص الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا باليمن بالتفسير لما أصدرته من أحكام لا خلاف عليه استناداً إلى قانون المرافعات والتنفيذ المدني، كما أن اتصال المحكمة العليا بالدعوى الدستورية عن طريق الادعاء المباشر مقرر بموجب أحكام الدستور فيكون اتصالها بالتفسير عن طريق الطلب

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا بالقضية رقم ١ لسنة ١٦ق.د، بجلسة ١٩٩٥/٤/١٥م، الجزء٦، ص٧٦٣. ويراجع في هذا الاتجاه من القضاء حكم المحكمة الدستورية العليا، في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٣ق.د، بجلسة ١٩٩٣/٢/٦م، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، ج٤، ص١٥١.

(2) في هذا المعنى أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٦٠٢.

المباشر من باب أولى ، ومايصدر عنها هو قرار يكمل الحكم الصادر بشأن الدعى الدستورية وله نفس الحجية ولايمكن الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن شريطة أن لا يكون هذا التفسير مدخلاً بقصد العدول عما ورد في الحكم المراد تفسيره إن كان فيه غموض يستوجب التفسير ، أما الحكم الواضح والذي لا يشوبه إبهام فلا يحتاج إلى ذلك التفسير، كما أن الحجية المطلقة للاحكام يترتب عليها أن لكل فرد أن يطلب تفسير الحكم الذي يعتقد بأن ألفاظه غير واضحة الدلالة طالما توفرت له مصلحة يقرها القانون تجعل له الحق في طلب التفسير خاصة أثناء تنفيذ الحكم المتعلق بالدعوى الدستورية سواء في مواجهة الإدارة أو الأفراد إذا كان ثمة نزاع مطروح أمام القضاء.

الفرع الثاني

تصحيح الأخطاء المادية في الحكم

نصت المادة ١٧٨ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أن (تتولى المحكمة تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة، ويجري كاتب المحكمة هذا التصحيح على صورة الحكم الأصلي ويوقع هو ورئيس الجلسة) (١).

ويفترق الإجراء المتعلق بتصحيح الأخطاء عن تفسير الحكم الصادر في الدعوى الدستورية أو العادية أن الأول يمكن أن يتم من قبل المحكمة دون طلب الخصوم لأن الحكم عنوان الحقيقة ، ويجب أن يكون خالياً من أي خطأ كتابي أو حسابي قد يغير من هذه الحقيقة أو يشكك فيها، كما يمكن أن يتم تصحيح الأخطاء بناءً على طلب الخصوم عندما يتنبهون لحدوثها، أما التفسير فلا يتم إلا بناءً على طلب الخصوم أو المحكمة الذي يثار أمامها منازعة بشأن حكم القضاء الدستوري أو هيئة قضايا الدولة ولا يمكن أن يتم من قبل المحكمة ذاتها.

وبما أن تصحيح الأخطاء المادية قد يتم من تلقاء المحكمة نفسها فلا يحتاج الأمر إلى دعوى كما يذهب جانب من الفقه (٢) بل يتم هذا الإجراء بقرار من المحكمة دون دعوى أو طلب من الخصوم أو بناء على طلب الخصوم دون دعوى منهم ، وما يصدر عن المحكمة في كل الأحوال هو قرار بهذا الإجراء أو برفضه إن لم تجد له مبرراً يستوجب القيام به وإذا ما تم إجراء التصحيح بقرار فلا يجوز أن يكون ذريعة إلى تعديل الحكم أو التغيير فيه أو المساس بحجيته (٣).

كما يمتنع الطعن على القرار الصادر بالتصحيح لأن أحكام المحكمة الدستورية وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن (٤) فإذا ما تم إجراء التصحيح

---

(1) يقابل هذا النص حرفياً المادة ١/١٩١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية في مصر.

(2) أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٦٠٥.

(3) المستشار منير عبدالمجيد، أصول الرقابة القضائية...، مرجع سابق، ص٣٢٤.

(4) يراجع في هذا:

- د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، مرجع سابق، ص٣١٠.

للأحكام المتعلقة بالدعاوى الدستورية أو كان من الأساس صحيحاً، وواضحاً لا يحتاج إلى تفسير فإن الحكم يعتبر نافذاً بمجرد النطق به أما عملية النشر فما هي إلا جزء من التنفيذ للحكم المتعلق بالقضاء الدستوري وليست شرطاً لتنفيذه.

وبهذا ننهي الحديث عن تنفيذ الأحكام المتعلقة بالقضاء الدستوري وبنهاية الحديث عن التنفيذ ينتهي الحديث عن موضوع الرقابة على دستورية القوانين في اليمن سائلين من الله التوفيق والسداد والله من وراء القصد.

- أ.د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٦٠٥.
- المستشار د. منير عبدالمجيد، أصول الرقابة القضائية...، مرجع سابق، ص٣٢٥.

الخاتمــــــــــــة

بعد دراسة التطور التاريخي والتشريعي لنشأة الرقابة على دستورية القوانين في كلٍ من مصر والولايات المتحدة الأمريكية- باختصار- والجمهورية اليمنية تبين الدور الفعال للفقه والقضاء- في مصر والولايات المتحدة الأمريكية- في نشأة القضاء الدستوري قبل تنظيمه بنصوص قانونية، هذا الدور كان غائباً في اليمن، بل إن القضاء الدستوري في اليمن بالرغم من إقرار الرقابة بنصوص دستورية كان محجماً عن أداء دوره، هذا الإحجام انعكس على امتناع الناس من تقديم الطعون بعدم الدستورية وبالتالي عدم تفعيل الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

فالرقابة القضائية على دستورية القوانين لم تات نتيجة ضغوط شعبية أو مطالبة جماهيرية أو حتى سياسية [١] بل جاءت من قبل فكر وآراء النخب القانونية والتي دافعت عن فكرتها حتى تبناها أهل القضاء فأصبحت واقعاً مفروضاً وحقاً مارسه القضاء إلى أن تم تبنيها بنصوص قانونية ودستورية وأصبحت بهذا واجباً على القضاء لا حقاً له، واستمرار القضاء في أداء مهامه مرهون باستمرار رقابة الفقهاء للمؤسسة القضائية الموكل إليها الرقابة على دستورية القوانين وبحمايتهم لها والدفاع عنها في مواجهة التعديلات التشريعية التي قد تنال من إستقلال أو اختصاصات القضاء الدستوري.

وبمقارنة دور القضاء الدستوري في اليمن ومصر نلحظ تقاعس الأول[٢] والدور الفعال للثاني [١]وقد يأتي الفارق الكبير نتيجة غياب الوعي القانوني بأهمية

---

(1) تم مراجعة كل البرامج الانتخابية للأحزاب السياسية في الانتخابات النيابية عام ١٩٩٣، ١٩٩٧، ٢٠٠٢، والانتخابات الرئاسية وقد خلت من أي إشارة إلى ضرورة تفعيل الرقابة القضائية على دستورية القوانين يراجع كتاب الثوابت، د.احمد علي البشاري، د. رشاد الرصاص ، العدد ١٢العام ١٩٩٨م

(2) منذ قيام الوحدة اليمنية عام ١٩٩٠م اصدرت المحكمة العليا اربعة احكام واحد منها بعدم الدستورية والباقي برفض الدعوى ، وتنظر حاليا الدعوى الخامسة ضد قرار انشاء محكمة جزائية متخصصة ولم تصدر حكمها بعد ،يراجع موقع المحكمة العليا: . *www.ysc.org.ye.*

القضاء الدستوري والإيمان بعدم إستقلاله وضعف دوره في مواجهة السلطة التنفيذية والتشريعية

وفي الوقت الذي نجد فيه أن تنظيم القانون بإنشاء قضاء دستوري- في مصر- في بداية الامر - كان هدفه غل يد المحاكم من الرقابة وحصرها في محكمة عليا حدد على سبيل الحصر طرق رفع الطعون بعدم الدستورية أمامها وجعل حق تحريك الدعوى بيد المحامي والقاضي، وبالرغم من محاولات التضييق المستمرة على أداء المحكمة الدستورية إلا أنه ظهر ما بين هاذين ما ملاء الخافقين من أحكام دافعت عن الشرعية الدستورية والغت كل محاولة للعبث بالحقوق المكفولة دستوريا أو الالتفاف على نصوص الدستور.

في حين نجد اليمن عرفت الرقابة على دستورية القوانين في اقدم الوثائق الدستورية عام ١٩٧٠م ومع ذلك لم تكن موجودة على ارض الواقع الامر الذي يدفع للقول بضرورة الإستفادة من التجربة المصرية في مجال الرقابة القضائية على دستورية فالثروة الكبيرة التي خلفها- ومايزال ينميها- القضاء الدستوري بمصر لا يمكن الإستغناء عنها وستظل رافدا لتشكيل سلوك القضاء الدستوري في اليمن الأمر الذي يستوجب معه دراسة كل تراث القضاء الدستوري المصري من أجل رفد القضاء الدستوري في اليمن ، مع تجنب التدخلات التشريعية التي تحد من رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين، وما نأمله أن تكون هذه الدراسة قد لفتت الأنظار إلى هذه النتيجة آملين تناول التجربة والتراث القضائي الدستوري في مصر من جميع جوانبه.

ونأتي هنا لبيان أهم النتائج والتوصيات المتعلقة بموضوع البحث.

(/) فصلت المحكة الدستورية العليا منذ انشائها عام ١٩٧٩م الى تاريخ ٢٠٠٦/٤/٣٠م في (٤٤٢١) قضية منها (٢٥٦٧)عن الطعون الدستورية والباقي بين التنازع والتفسير للاحكام والقوانيين ،يراجع موقع المحكمة الدستورية العليا *www.hccourt.gov,eg* .

نتائج الدراسة

بعد دراسة موضوع الرقابة على دستورية القوانين من عدة وجوه خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج نذكر من أهمها:

- أن الرقابة على دستورية القوانين تعتمد أساساً على مبدأ سمو الدساتير وهيمنتها على سائر التشريعات الأدنى منها وكذا على وجود وثيقة دستورية مكتوبة تختلف في طريقة تعديلها عن تعديل القوانين العادية، وأن جميع مقومات الرقابة متوافرة في ظل النظام الدستورية اليمني إلا أن مبدأ السمو يفقد آثاره من الناحية العملية عندما تتم التعديلات الدستورية من حين لآخر دون أن يرافق ذلك تطور حقيقي في الحياة السياسية على أرض الواقع.

- أن فكرة تدرج القواعد القانونية وسمو القاعدة الأعلى على الأدنى المعروفة لدى فقهاء القانون لا تبعد كثيراً عن فكرة تدرج القواعد الشرعية الفقهية لدى فقهاء المسلمين وهيمنة القاعدة الأعلى على مادونها مع الاختلاف المتمثل في ثبات النصوص القرآنية والسنة النبوية القطعية الدلالة عن القواعد الدستورية التي تتعرض للتعديل والتبديل من حين لآخر.

- أن الرقابة القضائية تتميز عن الرقابة السياسية- عند إعمالها بخبرات قانونية ومنح السلطة القضائية استقلالاً حقيقاً- في الوقت الذي لا يمكن إنكار مزايا الرقابة السياسية السابقة باعتبارها وقائية وهي خير من العلاج ، ولكل من أنواع الرقابة مزايا وقصور يمكن تداركها.

- أن التطور التاريخي لإقرار الرقابة على دستورية القوانين قضائيا بدأ بتبني فكرتها من قبل الفقهاء ثم رجال القضاء وأصبحت فيما بعد منظمة بتشريعات تبنتها السلطات العامة ونظمتها في دساتيرها.

- أن الرقابة السياسية تعتمد على طلب مقدم من سلطة سياسية ولا تقر للأفراد حق رفع الدعاوى والدفوع ، والرقابة القضائية تقوم على منح الأفراد حق تقديم الدعاوى والدفوع وتنظم إجراءات الخصومة القضائية وتصدر الهيئة المكلفة بالرقابة حكماً مسبباً، أما الرقابة السياسية فلا يوجد فيها خصومة بالمعنى القانوني ولا مواجة ولا ترافع ولا تداعي، ولذا إن

تم إسناد طلب فحص قانون أو أكثر لجهة سياسية ولم يمنح النظام القانوني للأفراد حق رفع الدعاوى أو الدفوع نكون بصدد رقابة سياسية .

- أن الرقابة على دستورية القوانين يمكن النظر إليها من زاوية كونها حقاً للقضاء حال غياب النص التشريعي، أما بعد إقرارها دستورياً وتنظيمها بقوانين فتعتبر حينئذ واجباً على السلطة القضائية للفصل في دستورية القوانين المطعون بعدم دستوريتها حتى لو انيطت بهيئة سياسية فيصبح واجباً على هذه الهيئة الفصل في الدستورية بقرار ناجز.

- يترتب على اعتبار الرقابة القضائية لدستورية القوانين واجباً بعد النص عليها في صلب الوثائق الدستورية أن تقوم الهيئة القضائية الموكل إليها القيام بالرقابة على دستورية القوانين بكامل واجبها في الحفاظ على الشرعية الدستورية، ومن ثم ليس لها أن تمتنع متى شاءت من القيام بهذا الواجب ولا أن تخل بأدائها- بمعنى أوضح ليس لها أن تغير من قضائها بحسب الضغوط السياسية- فتقر شئ حيناً وترفضه حيناً آخر، هذا الأمر لم يعد مقبولاً من قبل من أوجب القانون عليها الدفاع عن الشرعية الدستورية وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم وإلا إحتجنا إلى مؤسسة أخرى لرقابتها وهذا بدوره يؤدي إلى الدوران وممتنع عقلاً.

- كما يترتب على ماسبق التنويه إلى الدور الهام والرئيسي في الرقابة على أداء المحكمة الدستورية من قبل الفقهاء في كل واقعة والدفاع عن استقلالها بكل الوسائل المشروعة والوقوف بوجه من يحاول النيل من استقلال القضاء عموماً والدستوري خصوصاً أو مجرد الانحراف في أداء مهامه.

- تبين من خلال دراسة طرق الطعن واتصال القضاء الدستوري بالدعوى الدستورية أن المشرع المصري حصر حق تحريك الدعوى الدستورية (بالقاضي والمحامي) وما كان للأفراد من حق الدفع عن طريق محامي مقبول لدى المحكمة الدستورية العليا مرهون بقرار القاضي بجدية الدفع، الأمر الذي يجعل جميع طرق تحريك الدعوى الدستورية في مصر مرهون بيد القاضي غالباً.

- أما في اليمن فظاهر النص منح الأفراد جميعاً الحق في تقدم الدعوى الأصلية والمباشرة أمام المحكمة العليا وإبداء الدفوع أمام القضاء ولم

يمنح القضاة أي وسيلة سواء الإحالة أو التصدي أو حتى مراقبة جدية الدفع المقدم من الأفراد، ولم يشترط حتى المصلحة الشخصية لرافع الطعن ، ومع ذلك نذهب إلى أن جوهر النص الدستوري يمنح القضاة بصورة غير مباشرة حق تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الإحالة وكذا التصدي من قبل أعضاء الدائرة الدستورية بمناسبة ممارسة اختصاصاتهم وإن لم ينص على ذلك صراحة طالما وقد اعتمد الدستور تقديم الدعاوى الأصلية ابتداءً، ما لم فسنسمح للقاضي كفرد حق رفع الدعاوى ونمنعه بمجرد جلوسه على منصة الحكم وهو أمر لا يمكن التسليم به.

- أن القضاء الدستوري في مصر خلف تراثا ثرياً متمثلا في الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا ومن قبل المحكمة العليا- والقضاء الإداري والعادي- قبل إقراره الرقابة قانوناً- كما أن المحكمة الدستورية حولت منطق القوة الذي كان سائداً في الستينيات إلى قوة المنطق، فأقامت المعوج الذي شاب تلك المرحلة وفصلت بقوة المنطق الذي اتبعته في أغلب الأحكام التي أصدرتها، وأن التدخلات التشريعية في تنظيم الرقابة قد جاءت للنيل من سلطات الرقابة القضائية حيناً والحد من آثار الأحكام حيناً آخر.

- فيما يتعلق بالتعديلات الدستورية في اليمن وكثرتها قد أخلت بمبدأ سمو النصوص الدستورية والذي تعتمد عليه الرقابةالقضائية على دستوريةالقوانين.

- لم يشر الدستور ولا قانون السلطة القضائية- في اليمن- على الحجية المطلقة لأحكام القضاء الدستوري فيما يتعلق بالفصل في دستورية القوانين، وكذا لم يشيرا إلى النشر في الجريدة الرسمية، وحسناً فعلت المحكمة العليا إذ بادرت بنشر أحكامها في الجريدة الرسمية فخلقت قاعدة عرفية ملزمة، فبدون النشرالقانوني لا يمكن الإلزام بما يصدر من أحكام متعلقة بالقوانين إلغاء لقوتها أو تثبيتا لها.

- إن قرار المحكمة العليا بإلزام الطاعن تقديم كفالة مالية كبيرة عند مباشرته للطعن بعدم الدستورية استخداماً لحق كفله الدستور ونص عليه قانون السلطة القضائية يعتبر قراراً مخالفاً للدستور والقانون معاً ولا

يمكن أن يصحح بإصدار قانون لأن الأخير سيكون مخالفاً للدستور ومعرض للطعن بعدم الدستورية.

كانت هذه أهم النتائج المتعلقة بموضوع الدراسة ونأتي هنا لبيان أهم التوصيات.

التوصيات

نورد هنا أهم التوصيات المتعلقة بموضوع البحث والتي نوجزها في النقاط التالية:-

- ضرورة الاستفادة من القضاء الدستوري في مصر ودراسة تراثه المتمثل في الأحكام التي أصدرها في الدعاوى الدستورية نتيجة لتشابه المبادئ الدستورية التي يقوم عليها النظامين الدستوريين في كلا البلدين.
- فصل القضاء الدستوري في اليمن عن المحكمة العليا وإسناده إلى محكمة دستورية عليا مختصة ومتخصصة يتم تزويدها بمساعدين قانونيين وقضائيين وشرعيين، وبما أن هذا المقترح يحتاج إلى تعديل دستوري فيمكن كخطوة أولى تشكيل الدائرة الدستورية من أعضاء متفرغين للقيام بمهام القضاء الدستوري ولا يكونوا أعضاء في الدوائر الأخرى.
- وفي كل الأحوال نوصي بإعادة النظر في اختصاصات الدائرة الدستورية ، ونرى نقل اختصاص الفصل في الطعون الانتخابية إلى الدائرة الإدارية مع إتاحة الطعن في قرارات اللجان الأصلية أمام القضاء العادي- محاكم أول درجة- بحسبانها محاكم موضوع ثم الطعن في أحكامها أمام الاستئناف فالمحكمة العليا- الدائرة الإدارية- باعتبارها منازعة إدارية ، وكذا إلغاء الاختصاص المتعلق بمحاكمة رئيس الجمهورية ونائبه ورئيس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم وتشكيل مجلس دستوري بالنظر في إجراءات رفع الحصانة ويتم بعدها محاكمتهم أمام القضاء الجنائي بمختلف درجاته بحسبان أن محاكمتهم أمام الدائرة الدستورية فقط فيه تفريط في حقوق الدفاع المكفوله لهم، والتشدد في إجراءات رفع الحصانة فيه تفريط بالحق العام وانتهاك للحقوق الخاصة من خلال حماية من يجب خضوعهم للقانون سواء بسواء الحكام والمحكومين .

- بما أن السلطة القضائية لا تزال أضعف السلطات فهي أحوج ما تكون إلى تجنب كل صدام مباشر مع غيرها من السلطات ولذلك نوصي بالحذر في ممارسة الرقابة وتجنب الإسراف في استعمالها والأخطر من ذلك المبالغة في الحذر وفي التقيد الذاتي على نحو يعطل الرقابة القضائية وفي هذا المقام نؤكد إلى ما أشار إليه الفقه من أن القضاء الدستوري لم ينل ما ناله من مكانة في نفوس الناس بالحكمة والإعتدال والتراجع عن التصدي للمشاكل الدقيقة وإنما نال ذلك كله بالإقدام والمواقف المشهودة في الدفاع عن سيادة القانون.

وبهذا ننهي الحديث عن موضوع الرقابة على دستورية القوانين في اليمن ونغلق أبوب الرسالة وندعوا الباحثين إلى تناول الموضوع من جميع جوانبه المختلفة لإثراء الرقابة القضائية في اليمن .

والله من وراء القصد،،،

ملحق رقم (١)

اعضاء الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بالجمهورية اليمنية :

التشكيل الاول : من ١٩٩٠م ١٩٩٨م

القاضي / محمد اسماعيل الحجي	نائب ريس مجلس القضاء الاعلى رئيس المحكمة العليا
القاضي / احمد عمر بامطرف	النائب الاول لرئيس المحكمة العليا
القاضي/ شرف بن علي بن حمود	النائب الثاني لرئيس المحكمة العليا
القاضي / احمد بن محمد الجوبي	عضو المحكمة العليا
القاضي / علي ناصر سالم	عضو المحكمة العليا
القاضي /يحيى قاسم الصعفاني	عضو المحكمة العليا
القاضي/نجيب عبد الرحمن شميري	عضو المحكمة العليا

التشكيل الثاني :١٩٩٨ ــ ٢٠٠٦م

القاضي / زيد بن زيد الجمرة	رئيس المحكمة العليا
القاضي /محمد علي البدري	نائب رئيس المحكمة إلعيا
القاضي / علي ناصر سالم	نائب رئيس المحكمة العيا
القاضي / احمد عمر بامطرف	رئيس الدائرة المدنية الاولى
القاضي / محمد بن محمد الشامي	رئيس الدائرة الادارية
القاضي / أحمد بن احمد الخطابي	رئيس الدائرة العسكرية
القاضي / فيصل عمر مثنى	رئيس دائرة فحص الطعون

التشكيل الثالث (الحالي) ٢٠٠٦/٩/١٨م ....الى تاريخة

القاضي / عصام عبد الوهاب السماوي	رئيس مجلس القضاء رئيس المحكمة العليا رئيساً
القاضي/محمد علي البدري	عضواً
القاضي /د.علي ناصر سالم	عضواً
القاضي / احمد احمد الخطابي	عضواً
القاضي / محمد محمد الشامي	عضواً
القاضي / احمد سقاف بن سميط	عضواً
القاضي / خميس سالم الديني	عضواً

ملحق رقم (٢)

رؤساء المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية

- المستشار / بدوي حمودة ١٩٦٩-١٩٧٩م
- المستشار / احمد ممدوح عطية ١٩٧٩/١٠/٩ - ١٩٨٢/٨/٣١م
- المستشار / فاروق سيف النصر ١٩٨٢/٩/١٩ - ١٩٨٣/٦/٣٠م
- المستشار / فتحي عبد الصبور ١٩٨٣/٧/١- ١٩٨٤/٦/٣٠م
- المستشار / محمد علي بليغ ١٩٨٤/٧/١ - ١٩٨٧/٧/١١م
- المستشار / محمود حمدي عبد العزيز ١٩٨٧/٩/١٥ - ١٠/٦/ ١٩٨٧م
- المستشار/ ممدوح حسن ١٩٨٧/١٠/١٣- ١٩٩١/٦/٣٠م
- المستشار / د. عوض المر ١٩٩١/٧/١- ١٩٩٨/٦/٣٠م
- المستشار / محمد ولي الدين جلال ١٩٩٨/٩/٩- ٢٠٠١/٨/١٩م
- المستشار / محمد فتحي نجيب ٢٠٠١/٩/٤م- ٢٠٠٣/٨/٨م
- المستشار / ممدوح محي الدين مرعي ٢٠٠٣/٨/٢٦- ٢٠٠٦/٦/٣٠م
- المستشار / ماهر سيد ابراهيم عبدالواحد ٢٠٠٦/٧/١م ....

Members of the Supreme Court of the United States

IAME	State App't From	Appointed by President	Judicial Oath Taken	Date Service Terminated
Chief Justices				
ay, John	New York	Washington	(a) October 19, 1789	June 29, 1795
utledge, John	South Carolina	Washington	August 12, 1795	December 15, 1795
llsworth, Oliver	Connecticut	Washington	March 8, 1796	December 15, 1800
Iarshall, John	Virginia	Adams, John	February 4, 1801	July 6, 1835
aney, Roger Brooke	Maryland	Jackson	March 28, 1836	October 12, 1864
hase, Salmon Portland	Ohio	Lincoln	December 15, 1864	May 7, 1873
aite, Morrison Remick	Ohio	Grant	March 4, 1874	March 23, 1888
uller, Melville Weston	Illinois	Cleveland	October 8, 1888	July 4, 1910
hite, Edward Douglass	Louisiana	Taft	December 19, 1910	May 19, 1921
aft, William Howard	Connecticut	Harding	July 11, 1921	February 3, 1930
ughes, Charles Evans	New York	Hoover	February 24, 1930	June 30, 1941
tone, Harlan Fiske	New York	Roosevelt, F.	July 3, 1941	April 22, 1946
inson, Fred Moore	Kentucky	Truman	June 24, 1946	September 8, 1953
arren, Earl	California	Eisenhower	October 5, 1953	June 23, 1969
urger, Warren Earl	Virginia	Nixon	June 23, 1969	September 26, 1986
ehnquist, William H.	Virginia	Reagan	September 26, 1986	September 3, 2005
oberts, John G., Jr.	Maryland	Bush, G. W.	September 29, 2005	
ssociate Justices				
utledge, John	South Carolina	Washington	(a) February 15, 1790	March 5, 1791
ushing, William	Massachusetts	Washington	(c) February 2, 1790	September 13, 1810
ilson, James	Pennsylvania	Washington	(b) October 5, 1789	August 21, 1798
lair, John	Virginia	Washington	(c) February 2, 1790	October 25, 1795
edell, James	North Carolina	Washington	(b) May 12, 1790	October 20, 1799
ohnson, Thomas	Maryland	Washington	(a) August 6, 1792	January 16, 1793
aterson, William	New Jersey	Washington	(a) March 11, 1793	September 9, 1806
hase, Samuel	Maryland	Washington	February 4, 1796	June 19, 1811
ashington, Bushrod	Virginia	Adams, John	(c) February 4, 1799	November 26, 1829
oore, Alfred	North Carolina	Adams, John	(a) April 21, 1800	January 26, 1804
ohnson, William	South Carolina	Jefferson	May 7, 1804	August 4, 1834
ivingston, Henry Brockholst	New York	Jefferson	January 20, 1807	March 18, 1823
odd, Thomas	Kentucky	Jefferson	(a) May 4, 1807	February 7, 1826
uvall, Gabriel	Maryland	Madison	(a) November 23, 1811	January 14, 1835
tory, Joseph	Massachusetts	Madison	(c) February 3, 1812	September 10, 1845
hompson, Smith	New York	Monroe	(b) September 1, 1823	December 18, 1843
rimble, Robert	Kentucky	Adams, J. Q.	(a) June 16, 1826	August 25, 1828
cLean, John	Ohio	Jackson	(c) January 11, 1830	April 4, 1861
aldwin, Henry	Pennsylvania	Jackson	January 18, 1830	April 21, 1844
ayne, James Moore	Georgia	Jackson	January 14, 1835	July 5, 1867
arbour, Philip Pendleton	Virginia	Jackson	May 12, 1836	February 25, 1841
atron, John	Tennessee	Jackson	May 1, 1837	May 30, 1865
cKinley, John	Alabama	Van Buren	(c) January 9, 1838	July 19, 1852
aniel, Peter Vivian	Virginia	Van Buren	(c) January 10, 1842	May 31, 1860
elson, Samuel	New York	Tyler	February 27, 1845	November 28, 1872
oodbury, Levi	New Hampshire	Polk	(b) September 23, 1845	September 4, 1851
rier, Robert Cooper	Pennsylvania	Polk	August 10, 1846	January 31, 1870
urtis, Benjamin Robbins	Massachusetts	Fillmore	(b) October 10, 1851	September 30, 1857
ampbell, John Archibald	Alabama	Pierce	(c) April 11, 1853	April 30, 1861
lifford, Nathan	Maine	Buchanan	January 21, 1858	July 25, 1881
wayne, Noah Haynes	Ohio	Lincoln	January 27, 1862	January 24, 1881
iller, Samuel Freeman	Iowa	Lincoln	July 21, 1862	October 13, 1890
avis, David	Illinois	Lincoln	December 10, 1862	March 4, 1877
eld, Stephen Johnson	California	Lincoln	May 20, 1863	December 1, 1897
rong, William	Pennsylvania	Grant	March 14, 1870	December 14, 1880
radley, Joseph P.	New Jersey	Grant	March 23, 1870	January 22, 1892
unt, Ward	New York	Grant	January 9, 1873	January 27, 1882
arlan, John Marshall	Kentucky	Hayes	December 10 1877	October 14, 1911
oods, William Burnham	Georgia	Hayes	January 5, 1881	May 14, 1887
atthews, Stanley	Ohio	Garfield	May 17, 1881	March 22, 1889
ray, Horace	Massachusetts	Arthur	January 9, 1882	September 15, 1902
atchford, Samuel	New York	Arthur	April 3, 1882	July 7, 1893
amar, Lucius Quintus C.	Mississippi	Cleveland	January 18, 1888	January 23, 1893
rewer, David Josiah	Kansas	Harrison	January 6, 1890	March 28, 1910
rown, Henry Billings	Michigan	Harrison	January 5, 1891	May 28, 1906
hiras, George, Jr.	Pennsylvania	Harrison	October 10, 1892	February 23, 1903
ckson, Howell Edmunds	Tennessee	Harrison	March 4, 1893	August 8, 1895

NAME	State App't From	Appointed by President	Judicial Oath Taken	Date Service Terminated
White, Edward Douglass	Louisiana	Cleveland	March 12, 1894	December 18, 1910*
Peckham, Rufus Wheeler	New York	Cleveland	January 6, 1896	October 24, 1909
McKenna, Joseph	California	McKinley	January 26, 1898	January 5, 1925
Holmes, Oliver Wendell	Massachusetts	Roosevelt, T.	December 8, 1902	January 12, 1932
Day, William Rufus	Ohio	Roosevelt, T.	March 2, 1903	November 13, 1922
Moody, William Henry	Massachusetts	Roosevelt, T.	December 17, 1906	November 20, 1910
Lurton, Horace Harmon	Tennessee	Taft	January 3, 1910	July 12, 1914
Hughes, Charles Evans	New York	Taft	October 10, 1910	June 10, 1916
Van Devanter, Willis	Wyoming	Taft	January 3, 1911	June 2, 1937
Lamar, Joseph Rucker	Georgia	Taft	January 3, 1911	January 2, 1916
Pitney, Mahlon	New Jersey	Taft	March 18, 1912	December 31, 1922
McReynolds, James Clark	Tennessee	Wilson	October 12, 1914	January 31, 1941
Brandeis, Louis Dembitz	Massachusetts	Wilson	June 5,1916	February 13, 1939
Clarke, John Hessin	Ohio	Wilson	October 9, 1916	September 18, 1922
Sutherland, George	Utah	Harding	October 2, 1922	January 17, 1938
Butler, Pierce	Minnesota	Harding	January 2, 1923	November 16, 1939
Sanford, Edward Terry	Tennessee	Harding	February 19, 1923	March 8, 1930
Stone, Harlan Fiske	New York	Coolidge	March 2, 1925	July 2, 1941*
Roberts, Owen Josephus	Pennsylvania	Hoover	June 2, 1930	July 31, 1945
Cardozo, Benjamin Nathan	New York	Hoover	March 14, 1932	July 9, 1938
Black, Hugo Lafayette	Alabama	Roosevelt, F.	August 19, 1937	September 17, 1971
Reed, Stanley Forman	Kentucky	Roosevelt, F.	January 31, 1938	February 25, 1957
Frankfurter, Felix	Massachusetts	Roosevelt, F.	January 30, 1939	August 28, 1962
Douglas, William Orville	Connecticut	Roosevelt, F.	April 17, 1939	November 12, 1975
Murphy, Frank	Michigan	Roosevelt, F.	February 5, 1940	July 19, 1949
Byrnes, James Francis	South Carolina	Roosevelt, F.	July 8, 1941	October 3, 1942
Jackson, Robert Houghwout	New York	Roosevelt, F.	July 11, 1941	October 9, 1954
Rutledge, Wiley Blount	Iowa	Roosevelt, F.	February 15, 1943	September 10, 1949
Burton, Harold Hitz	Ohio	Truman	October 1, 1945	October 13, 1958
Clark, Tom Campbell	Texas	Truman	August 24, 1949	June 12, 1967
Minton, Sherman	Indiana	Truman	October 12, 1949	October 15, 1956
Harlan, John Marshall	New York	Eisenhower	March 28, 1955	September 23, 1971
Brennan, William J., Jr.	New Jersey	Eisenhower	October 16, 1956	July 20, 1990
Whittaker, Charles Evans	Missouri	Eisenhower	March 25, 1957	March 31, 1962
Stewart, Potter	Ohio	Eisenhower	October 14, 1958	July 3, 1981
White, Byron Raymond	Colorado	Kennedy	April 16, 1962	June 28, 1993
Goldberg, Arthur Joseph	Illinois	Kennedy	October 1, 1962	July 25, 1965
Fortas, Abe	Tennessee	Johnson, L.	October 4, 1965	May 14, 1969
Marshall, Thurgood	New York	Johnson, L.	October 2, 1967	October 1, 1991
Blackmun, Harry A.	Minnesota	Nixon	June 9, 1970	August 3, 1994
Powell, Lewis F., Jr.	Virginia	Nixon	January 7, 1972	June 26, 1987
Rehnquist, William H.	Arizona	Nixon	January 7, 1972	September 26, 1986*
Stevens, John Paul	Illinois	Ford	December 19, 1975	
O'Connor, Sandra Day	Arizona	Reagan	September 25, 1981	January 31, 2006
Scalia, Antonin	Virginia	Reagan	September 26, 1986	
Kennedy, Anthony M.	California	Reagan	February 18, 1988	
Souter, David H.	New Hampshire	Bush, G. H. W.	October 9, 1990	
Thomas, Clarence	Georgia	Bush, G. H. W.	October 23, 1991	
Ginsburg, Ruth Bader	New York	Clinton	August 10, 1993	
Breyer, Stephen G.	Massachusetts	Clinton	August 3, 1994	
Alito, Samuel A., Jr.	New Jersey	Bush, G. W.	January 31, 2006	

Notes: The acceptance of the appointment and commission by the appointee, as evidenced by the taking of the prescribed oaths, is here implied; otherwise the individual is not carried on this list of the Members of the Court. Examples: Robert Hanson Harrison is not carried, as a letter from President Washington of February 9, 1790 states Harrison declined to serve. Neither is Edwin M. Stanton who died before he could take the necessary steps toward becoming a Member of the Court. Chief Justice Rutledge is included because he took his oaths, presided over the August Term of 1795, and his name appears on two opinions of the Court for that Term.

The date a Member of the Court took his/her Judicial oath (the Judiciary Act provided "That the Justices of the Supreme Court, and the district judges, before they proceed to execute the duties of their respective offices, shall take the following oath . . .") is here used as the date of the beginning of his/her service, for until that oath is taken he/she is not vested with the prerogatives of the office. The dates given in this column are for the oaths taken following the receipt of the commissions. Dates without small-letter references are taken from the Minutes of the Court or from the original oath which are in the Curator's collection. The small letter (a) denotes the date is from the Minutes of some other court; (b) from some other unquestionable authority; (c) from authority that is questionable, and better authority would be appreciated.

[The foregoing was taken from a booklet prepared by the Supreme Court of the United States, and published with funding from the Supreme Court Historical Society.]

*Elevated.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الدساتير:

- دستور الجمهورية اليمنية الحالي ٢٠٠١م.
- التعديل الدستوري عام ١٩٩٤م.
- دستور الجمهورية اليمنية (دستور دولة الوحدة) ١٩٩١م.
- دستور الجمهورية العربية اليمنية الدائم ١٩٧٠م.
- الاعلانات الدستورية المؤقته من ١٩٦٤م الى ١٩٧٠م .
- دستور جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية.
- دستور جمهورية مصر العربية ١٩٧١م وتعديلاته ١٩٨١م وعام ٢٠٠٥م، ٢٠٠٧م.
- دستور دولة الكويت.
- دستور الجمهورية العربية السورية.
- دستور جمهورية الجزائر.
- الدستور التونسي.
- دستور المملكة المغربية.
- دستور لبنان .
- دستور جمهورية إيران الإسلامية.
- الدستور الأمريكي.
- الدستور الفرنسي.

ثانياً: الوثائق والقوانين والقرارات:

١ـ الوثائق :

- وثيقة إعلان الوحدة اليمنية ٢٢ مايو ١٩٩٠م.

- رسالة رئيس الجمهورية اليمنية بطلب تعديل الدستور ٢٠٠٠م.
- التقرير السنوي الاستراتيجي، مركز الدراسات الاستراتيجية ٢٠٠٠م

٢- الأحكام:

- حكم محكمة غرب أمانة العاصمة رقم (٦) وتاريخ ١٩٩٥/٨/٣م غير منشور.
- أحكام المحكمة العليا- الدائرة الدستورية بشأن الطعون المتعلقة بعدم الدستورية .

٣- القوانين :

- قانون رقم (٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن اضافة فقرة الى المادة (٥٧) من القانون رقم (١) لسنة ١٩٩١م بشأن السلطة القضائية .
- القانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٩م بتعديل بعض احكام القرار الجمهوري بالقانون رقم (٤٢) لسنة ٩١م بشأن الرسوم القضائية .
- قانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠م بشأن السلطة المحلية .
- قانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٢م بشأن تعديل بعض احكام القانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠م بشأن السلطة المحلية .
- قانون رقم (١٨) بشأن اللائحة الداخلية لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٣م.
- قانون رقم (٤٣) بشأن اللائحة الداخلية لمجلس النواب لسنة ١٩٩٧م.
- قانون رقم (٦) بشأن إجراءات اتهام ومحاكمة شاغلي وظائف السلطة التنفيذية العليا لسنة ١٩٩٥م.
- قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩٠م.
- قانون العقوبات العام رقم (٤٠) لسنة ١٩٩٤م.

٤- القرارات:

- قرار رئيس الجمهورية اليمنية رقم (٩) لسنة ٢٠٠٣م بشأن العفو الخاص بالمتهمين بجريمة الانفصال.
- قرار رئاسي رقم (١١) لسنة ١٩٩٤م بايقاف المهندس حيدر ابو بكر العطاس من عملة .

- قرار رئاسي رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بتكليف الدكتور/ محمد سعيد العطار نائب رئيس مجلس الوزراء .
- قرار جمهوري بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م بشأن الاثبات .
- قرار مجلس النواب والشورى رقم (١) لسنة ٢٠٠٢ بشأن اللائحة التنفيذية لتنظيم الاجتماعات المشتركة.

ثالثاً: أهم المراجع:

- د. إبراهيم شيحا، تحليل النظام الدستوري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣.
- د.إبراهيم محمد حسنين ،الرقابة القضائية على دستورية القوانين، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٠م .
  *اثر الحكم بعدم الدستورية لقانون الجمعيات الاهلية ،القاهرة ٢٠٠٢م.
- د. ابراهيم محمد علي ، المصلحة في الدعوى الدستورية، ، دار النهضة العربية،١٩٩٦م.
- أ.د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الدستور المعدل في الميزان، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٩٩.
- د. احمد عبدالعال ، الحماية الدستورية للملكية الفردية ، دار الثقافة الجامعية ،١٩٩٩م.
- احمد الوادعي ، المأزق الدستوري في اليمن ،مؤسسة العفيف الثقافية ، ٢٠٠٧م.
- أ.د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١١٧.
- د. ثروت عبدالعال احمد ، دور رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ،١٩٩٩م.
- د. جابر جاد نصار:
  * الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار النهضة، ط١، ١٩٩٩.
  * الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة، القاهرة، (د.ت).
- د. جورجي شفيق ساري،إختصاص المحكمة العليا الدستورية العليا بالتفسير ،دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.

- د. حسام ابو سيف ، الحماية الدستورية للحق في المساواة ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.
- د. رمزي طه الشاعر، الوجيز في القانون الدستوري، جامعة عين شمس، ١٩٨٣.
  * رقابة دستورية القوانين، دار التيسير- القاهرة٢٠٠٠م،
- د. سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الاسلامية ، منشأة ، منشأة المعرف الاسكندرية ، ١٩٨٦م.
  * القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا،منشأة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠٠٢م.
- د. سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، القاهرة، ١٩٨٠.
- أ.د. صلاح الدين فوزي، المجلس الدستوري الفرنسي ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢م.
  *الدعوى الدستورية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٣م.
- أ.د.طعيمة الجرف ، القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٣م.
- د.عبدالحفيظ الشيمي ، القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- د.عبدالعليم عبد المجيد ، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة،(د.ت).
- د.عبيد احمد ، الرقابة القضائية السابقة على دستورية القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٢م.
- د.عثمان خليل ، القانون الدستوري ،دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٥٤م.
- أ.د. عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ط١، ١٩٨٩.
- د.عصام انور سليم ،موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون ،منشأة المعرف ، الاسكندرية ،٢٠٠٠م.
- د.علي حسن نجيده ،الرقابة على دستورية القوانين ،دار الفكر العربي، القاهرة ،١٩٨٨م.

- د.علي عبدالقوي الغفاري ،الدبلوماسية اليمنية١٩٠٠م -٢٠٠٠م,الافاق للطباعة والنشر ،صنعاء ٢٠٠٠م.
- د.عمرو احمد حسبو، تنفيذ احكام عدم دستورية النصوص التشريعية ،دارالنهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٢م.
- د.عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ،شركة الجلال للطباعة ،٢٠٠٣م.
- د.فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات ، النسر الذهبي للطباعة ،٢٠٠٤م.
- أ.د. فتحي فكري ، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الاصلي بالتفسير ، دار النهضة العربية ،١٩٩٨م .
- د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، ١٩٧٥.
- د. ماجد الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ،٢٠٠٣م.
- أ.د.محمد انس قاسم جعفر، الرقابة على دستورية القوانين، ،١٩٩٨م.
- د.محمد جمال عثمان جبريل ،أثر الحكم الصادرمن المحكمة الدستورية العيا، (د.ت).
- د.محمد صلاح عبدالبديع السيد،قضاء الدستورية ، دارالنهضة العربية،٢٠٠٢م.
- د.محمد ظهري محمود ،المعالم البارزة للمحاكم المدنية الامريكية،المكتبة القانونية ،٢٠٠٦م.
- د.محمد عبدالجميد ابو زيد،القضاء الدستوري شرعا ووضعا، دارالنهضة العربية،(د.ت).
- د.محمد فؤاد عبدالباسط،ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،٢٠٠٢م.
- د.محمد المنجي ، دعوى عدم الدستورية ، ط٢،منشأة المعارف ،٢٠٠٥م.
- د. محسن خليل، القانون الدستوري والدساتير المصرية، دار الجامعات الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- د. محمد السناري ، ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية، دار النهضة العربية ، (د.ت)

- د. محمد حسنين عبدا لعال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- د. محمد كامل ليله، النظم السياسية (الدولة والحكومة)، دار الفكر العربي، ١٩٧١.
- د.مصطفى ابو زيد فهمي ،الدستور المصري ورقابة القوانين ، منشأة المعارف ،الاسكندرية ، ١٩٨٥م.
- د. مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الاجنبية ، مكتبة سعيد رأفت ،١٩٩٠م .
- د.منير عبدالمجيد ،اصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ،منشأة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠٠١م.
- د.نبيل لوقابباوي ،عدم دستورية قانون الاحوال الشخصية المطبقة على المسيحيين ،القاهرة ٢٠٠٤م.
- د.نبيله عبدالحميد كامل ،الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.
- د. هشام عبدالمنعم عكاشة ،المحكمة الدستورية العليا قاضي التفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- أ.د. يحيى الجمل:القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.

رابعاً: الرسائل العلمية:

(أ) الدكتــــــوراه:

- احمد كمال ابوالمجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدةالامريكية والقطر المصري ١٩٥٤م .
- حمدان حسن فهمي ،حجية احكام القضاء الدستوري وآثارها ،الاسكندرية ،٢٠٠٦م.
- شاكر راضي شاكر ،اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير ،القاهرة ،٢٠٠٤م.
- شعبان احمد رمضان ،ضوابط وآثار الرقابة على دسورية القوانين ،اسيوط،٢٠٠٠م.

- صابر الحسيني محمود، سلطة المحكمة الدستورية العليا بين التقييد والاطلاق ،القاهرة،٢٠٠٥م.
- عادل عمر الشريف ، قضاء الدستورية ، عين شمس ، ١٩٨٨م.
- عبدالحميد حسن محمد ،الحقوق والحريات في احكام الدستورية العليا ،القاهرة ،١٩٩٩م.
- عبدالمنعم عبدالحميد ابراهيم ،المعالجة القضائية والسياسية للانحرف التشريعي ،القاهرة ،٢٠٠١م.
- عبدالمنعم عبدالعظيم جبرة ،آثار حكم الالغاء،القاهرة ،٢٠٠٣م.
- عبدالعزيز محمد سالمان ،رقابة دستورية القوانين ، عين شمس ،١٩٩٤م.
- عوض عبدالجليل الترساوي ،الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية،القاهرة ،٢٠٠٧م.
- محمد عبدالله مغازي ،نظرية المصلحة في الدعوى الدستورية ،المنوفية ،٢٠٠٠م.
- محمد كامل عبدالنبي ،إستقلال القضاء ،القاهرة ،١٩٨٩م.
- محمد ماهر ابو العينين،الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية القوانين،القاهرة،١٩٨٧م.
- محمود احمد زكي ،الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثارة وحجيته ،القاهرة ٢٠٠٣م
- هالة احمد سيد،دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الشخصية الاسكندرية ،٢٠٠٤م.
- هشام محمد فوزي عبدالفتاح ،رقابة دستورية القوانين بين امريكا ومصر،عين شمس ،١٩٩٨م.
- وجدي ثابت غبريال ، سلطات رئيس الجمهورية طبقا للمادة ٧٤ من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها ،القاهرة ،١٩٨٧م .

(ب) الماجستيـــــــــر:

- احمد صالح عاطف ،طبيعة الاحكام في الدعاوى الدستورية ،المعهد العربي ، القاهرة ،٢٠٠٥م.
- سعد ممدوح نايف الشمري ،الرقابة القضائية على دستورية القوانين ،طنطا،٢٠٠٦م.

- ماجد سلطان محمد بن سليمان ، الرقابة على دستورية القوانين في الامارات العربية ،القاهرة ،٢٠٠٣م.
- منصور محمد الواسعي ، الحقوق السياسية في دستور الجمهورية اليمنية ،المعهد العربي ، القاهرة ٢٠٠٥م.
- خالد عبدالله النقبي ، الرقابة على دستورية القوانين ، حلوان ، ٢٠٠٦م.

خامساً: الدوريات والصحف:

- احمد عبدالحفيظ ، القضاء والإصلاح السياسي في مصر ،مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية ، الاهرام ، السنة ١٧،العدد(١٨١)- نوفمبر ٢٠٠٧مز
- مجلة الثوابت، العدد (٣) (٨)، السنة الثانية ٢٠٠٣، ١٩٩٤.
- مجلة القضاة، عدد يونيو ١٩٨٤.
- صحيفة الثورة اليمنية، العدد (٩٢١) لسنة ٢٠٠٠.
- صحيفة الأهرام (١٣٧) العدد (٤٢٤٧٧) ٢٥ مارس لسنة ٢٠٠٢.
- مجلة الحقوق والاقتصاد ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، العدد ( ) السنة.

سادساً: المواقع الإلكترونية (إنترنت):

- .. *massai@ahram.org.eg* موقع صحيفة الاهرام
- *www.supremecurtus.gov* موقع المحكمة العليا بالولايات المتحدة الامريكية.
- *www.ysc.org.ye.* موقع المحكمة العليا بالجمهورية اليمنية .
- *www.hccourt.gov,eg* موقع المحكمة الدستورية العليا بمصر.

سابعا المراجع الاجنبية :

أولا: المترجمات

١- الفرنسية

- هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة، د. مجد وطفه، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت سنة ٢٠٠١.

٢- الإنجليزية

- كويل دافيد، النظام السياسي في أمريكا، ترجمة د.خليل عثمان، مكتبة الخانجي بمصر، القاهرة، ١٩٥٥.
- هنري روبرت، القانون البرلماني الأمريكي، ترجمة زكي شنودة، راشد البراوي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة.
- اوجاراوبلانس، اليمن، الثورة والحرب حتى عام ١٩٧٠، ترجمة د. عبد الخالق محمد راشد، مكتبة مدبولي ، القاهرة سنة ١٩٩٠م.

ثانيا: الكتب والمقالات والدوريات الأجنبية

١- الفرنسية:

- *W- Jwabner, Le Contrôle Judieiqire de La Consitionnalite des lois aux états. Unis d'Amerique, Annqles de Faculte de droitet de Scienece politique, université de Clermont Ferrand, I,G. D, J, 1977.*
- *J, Lamert, Les Origins du Contrôle Judiciaire Consitionnalite des Lois Fédérales aux Etats- Unis D amerique R.D.P., 1931.*

٢- الكتب والمقالات والدوريات الإنجليزية

- *David. W. Neu Bauer. Judicial Process Second Edition – Harcourt – Brace – College publishers Harcourt – 1997.*
- *David. W. Rohde and Karold J. Spacth Supreme Court decision making. Safrancico W.P. Freeman & Company. 1976,*
- *Stephen Keinhard T. whose Federal Judiciary is it any way. Judges on Judingviews from the bench collected and edited by David M. O'brien Chatham house publishers, Jns New Jersey, 1999.*
- *Jeffrey A. Segal Donald R. Songer, and Charles M. Cameron – Decision Making on The US. courts of Appeals, Contemplating Courts Division of Congressional Quarterly inc. 1995.*
- *Antounin Scalia – Amatter of inter pretation, Federal Courts and the law Princeton University press, 1997.*
- *Max Farrand: The faming of the Constitution of the United States America, 1913.*
- *Edward s. Corwin, The Doctrine of wudicial Review. 1914.*

- *W. Biack Stone , commentaries, Book one Oxford, 1975.*
- *Charles Grove Haines, the American doctrine of Judicial supremacy, 1932.*
- *CADRT (J); Institutions Politiques et drioit Constitutional.*
- *Out line of The US. Legal system.2004 – Bureau of International Information Programs United States Department of State.*
- *Edition –Co. Congressional Quarterly Inc. 1998.*
- *G. Alan Tarr. Judicial Process and Judicial Policy Making. Second Edition, west wads worth, 1999.*
- *Cushman (Robert Eugene): American national Coverment, New York, 1935.*
- *Haynes (Evan): The Selection and tenure of Judeges, New York, 1944.*
- *Mayers (Lewis): The American legal system, New York, harpers, 1955.*
- *Carr (Robert Kenneth): the Supreme court and judicial review Green Wood press, New York, 1970.*
- *Lawrence Baum: American Courts Process and policy Houghton – Mifflin Company – Boston 1986.*
- *Bobwood Ward, Srott. Armstrong – the brethren- New York, Simon- Schuter, 1979.*
- *Shedon Gold man and Thomas P. Jahnige, the Federal courts as apolitical System, New York. 1976.*
- *Robert Scigliano, the Supreme Court and the Presiedency, New York, Free Press. 1971*

فهرس المحتويات

ملخص رسالة الدكتوراة

المتعلقة ب (الرقابة على دستورية القوانين في اليمن ـ دراسة مقارنة)

قسمت الدراسة الى بابين خصص الاول منها لدراسة نشأة القضاء الدستوري وتم فيه دراسة نشأة القضاء الدستوري في كل من مصر والولايات المتحدة الامريكية ـ باختصار. من زاوية دور الفقة والقضاء في هذه النشأة وذلك في فصل اول ،والفصل الثاني: خصص لدراسة نشأة القضاء الدستوري في اليمن .

اما إلباب الثاني فخصص لدراسة إتصال القضاء الدستوري بالدعوى الدستورية واصدار الحكم فيها وتنفيذه كل في فصل مستقل.

وقد سبق ابواب الدرسة فصل تمهيدي عن اسس الرقابة على دستورية القوانين وتم الحديث فيه عن مبدأ السمو للوثائق الدستورية وكذا تدوين الدساتير وطرق تعديلها باعتبارهما من آهم اسس قيام الرقابة على دستورية القوانين وانتهى ببيان انواع الرقابة من حيث كونها سياسية او قضائية وبيان المعايير المتعلقة بالتمييز بينهما .

وخلصت الدراسة الى النتائج والتوصيات التي كشفت عنها فصولها .